

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

DES FRAUDES

DANS LES

Ventes de Fonds de Commerce



ANTOINE MINICONI

PARIS

Imprimerie E. PIGELET, 189-191, Boulevard Voltaire

1914

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

THÈSES DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

soutenue le 28 Mars 1914

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LE POITTEVIN.

Professeurs : MM. GARÇON et TISSIER.

DES FRAUDES

DANS LES

Ventes de Fonds de Commerce

INTRODUCTION

Depuis quelques années, l'opinion publique s'est justement émue des procédés indéliçats, souvent malhonnêtes, quelquefois même criminels, employés dans les ventes de fonds de commerce. Le législateur a compris qu'il était temps d'apporter de l'ordre et de la précision en une matière où, à défaut de textes, des fraudes ou des injustices, avec leurs conséquences désastreuses, se produisaient d'une façon courante au préjudice, soit de l'acquéreur, soit du vendeur d'un fonds de commerce, soit des créanciers de ce dernier.

Ce fut M. Millerand qui donna l'éveil. Il fit voter, le 1^{er} mars 1898, la loi qui porte son nom et qui exigeait que

tout nantissement d'un fonds de commerce fût, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, inscrit sur un registre tenu au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds était exploité. Cette loi créait une publicité destinée à faire disparaître le caractère clandestin, dont le privilège était nécessairement entaché jusqu'alors.

Le législateur de 1909 a fait mieux. La loi du 17 mars 1909 ou loi Cordelet a su concilier tous les intérêts engagés : Le vendeur d'un fonds de commerce peut désormais conserver son privilège et son droit de suite tant qu'il n'a pas été payé de son prix ; quant à l'acquéreur, il aura un moyen certain de savoir, avant de se libérer aux mains de son vendeur, si le fonds qu'il a acheté est grevé du privilège d'un précédent vendeur. En outre, par la publicité dans les journaux, rendue obligatoire, les créanciers du vendeur n'ont plus à redouter de voir leur gage sortir, à leur insu, du patrimoine de leur débiteur ; grâce, d'autre part, à cette publicité et au délai imparti aux créanciers pour faire valoir leurs droits, l'acquéreur ne peut plus craindre d'être dépossédé ou de payer deux fois. Enfin, si le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers, et ceux qui se sont révélés par des oppositions, au plus tard dans les dix jours qui suivent la seconde insertion, ceux-ci peuvent former une surenchère du sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises.

Telles sont, en substance, les principales dispositions renfermées dans la loi Cordelet. Nous devons regretter que le législateur n'ait pas complété son œuvre si bienfaisante, en essayant de remédier à un mal qui tend à s'aggraver.

Je veux parler des manœuvres employées couramment par le vendeur pour tromper l'acquéreur sur la valeur du fonds qu'il offre en vente et le déterminer à lui verser un prix supérieur au prix réel.

Des bandes se sont, en effet, organisées, principalement dans la région parisienne, pour mettre en coupe réglée les fonds de commerce sans valeur, qu'elles achètent à des prix dérisoires, payées, le plus souvent, en papier, et qu'elles s'empressent de revendre, au plus tôt, avec un profit énorme, à de pauvres gens inexpérimentés ou naïfs, auxquels elles font entrevoir des bénéfices considérables à réaliser. Et, lorsque ces malheureux s'aperçoivent de la supercherie dont ils ont été victimes, il est trop tard, le vendeur, qui a touché son prix, s'étant prudemment rendu insolvable et tout recours contre lui étant devenu inutile. Ils en sont alors réduits à abandonner leur fonds, quand ils ne trouvent pas à le céder pour un prix dérisoire. C'est ainsi que d'honnêtes commerçants voient s'envoler, en peu de temps, avec leurs espérances, des économies péniblement amassées pendant de longues années.

Le Code civil, il est vrai, accorde à l'acheteur en général une garantie qu'il peut exercer, selon le cas et dans la forme qu'il juge la plus favorable à ses intérêts : Son consentement a-t-il été surpris par « dol » et ne s'est-il déterminé à contracter que grâce aux manœuvres employées par le vendeur ? L'article 1116 lui permettra de demander la nullité de la vente. A-t-il été amené, à la suite de ces mêmes manœuvres, à payer un prix supérieur au prix réel ? Il aura droit, en vertu de l'article 1382, à des dommages-intérêts qui se traduiront par une réduction

de prix. Enfin, aux termes de l'article 1641, le vendeur est tenu de la garantie, à raison des défauts cachés de la chose vendue.

Mais ces articles trouvent-ils leur application dans les ventes de fonds de commerce et apportent-ils un secours efficace à l'acquéreur trompé sur la valeur du fonds qu'il achète ? Voilà ce qu'il importe de savoir et ce que nous allons essayer de rechercher.

Nous verrons qu'en définitive l'acquéreur d'un fonds de commerce doit surtout compter sur lui-même pour se protéger et déjouer toutes manœuvres possibles de la part du vendeur.

CHAPITRE I

GARANTIE DE L'ARTICLE 1641 DU CODE CIVIL

VICES RÉDHIBITOIRES

« Aux termes de l'article 1641 du Code civil « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. »

La loi fait une distinction entre le vendeur de bonne foi et le vendeur qui connaissait les vices cachés au moment de la vente.

Dans le premier cas, l'acheteur peut, soit rendre la chose et exiger du vendeur la restitution du prix et des frais occasionnés par la vente, soit garder la chose et se faire rendre une partie du prix qui doit être arbitrée par experts. (Art. 1644 et 1646, C. civ.)

Dans le second cas, la loi se montre plus sévère. Le vendeur est tenu, outre la restitution du prix, de tous dommages-intérêts envers l'acheteur. (Art. 1645, C. civ.)

C'est là une garantie des plus sérieuses accordée à l'acheteur. Mais les dispositions de l'article 1641 peuvent-elles bénéficier spécialement à l'acquéreur de fonds de commerce ?

La garantie légale des vices cachés s'applique à la vente ou à l'échange de toutes marchandises et de tous objets mobiliers, quels qu'ils soient, à moins qu'une exception n'ait été admise par une loi spéciale. Or, un fonds de commerce est considéré dans son ensemble comme un meuble incorporel, et, d'autre part, aucune exception n'a été faite, dans la loi, en ce qui le concerne. L'acquéreur d'un fonds de commerce doit donc, à mon avis, bénéficier, comme tout autre acheteur, des dispositions de l'article 1641 du Code civil. Écoutons les auteurs.

« La responsabilité, dont il est ici question, écrivent
« MM. Aubry et Rau, a lieu dans les ventes d'immeubles,
« comme dans celles de choses mobilières corporelles. Elle
« s'applique même aux ventes de meubles incorporels, par
« exemple, aux cessions d'offices ministériels, en ce sens
« que les causes ou circonstances cachées, de nature à
« diminuer sensiblement la valeur ou les produits de
« l'office, donnent ouverture à un certain recours contre
« le cédant. »

Mais MM. Aubry et Rau ont soin d'ajouter : « Le seul
« mécompte éprouvé par l'acheteur relativement *aux pro-*
« *duits de l'office*, ne l'autoriserait pas à demander la
« réduction du prix, si aucune manœuvre frauduleuse
« n'avait été pratiquée à son égard pour exagérer ces
« produits, et surtout s'il avait été mis à même de vérifier
« le rapport de l'office (1). »

Il n'est pas douteux qu'un fonds de commerce peut,

(1) AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, t. 4, § 355 bis, p. 358.

comme tout autre meuble, être entaché d'un vice qui rende son exploitation impossible ou qui la paralyse tellement que l'acheteur ne l'aurait pas acquis ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il l'avait connu. Pourquoi donc priverait-on l'acheteur d'un fonds de commerce d'un droit que la loi lui accorde ?

Il a même été jugé que l'absence d'une qualité morale de la chose vendue, aussi bien que celle d'une qualité physique, peut constituer un vice rédhibitoire, lorsqu'elle rend la chose impropre à l'objet que s'étaient proposé les parties.

C'est ainsi que le Tribunal de Commerce de la Seine a déclaré que la mise à l'index d'un ouvrage (dans l'espèce, une histoire de l'Eglise) par la Cour de Rome, rendant cet ouvrage impropre au but auquel il était destiné, c'est-à-dire à la vente à une clientèle chrétienne et catholique, constitue un vice rédhibitoire (1).

Il est donc certain que les défauts cachés, qui diminueraient sérieusement les produits d'un fonds de commerce, devront être considérés comme des vices rédhibitoires.

Mais l'absence de clientèle peut-elle être considérée comme un vice dans le sens de l'article 1641 ? Si l'on s'attache aux termes mêmes de cet article, il semble que l'on doive répondre affirmativement. En rendant l'exploitation d'un fonds de commerce impossible ou, tout au moins, très difficile, l'absence de clientèle rendra incon-

(2) Trib. Com. Seine. Cité par LAURENT. T. 24, n° 283.

testablement ce fonds impropre à l'usage auquel l'acquéreur le destinait ou en diminuera considérablement cet usage. Et il est donc à présumer que celui-ci ne l'aurait pas acquis ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il avait été renseigné exactement sur son achalandage.

Cependant, nous devons reconnaître que le manque de clientèle est un simple effet et non point une cause. Il peut être le résultat d'un défaut dont le fonds est affecté, mais il ne saurait constituer, par lui-même, un vice rédhibitoire.

On peut dire que la clientèle est l'une des principales qualités d'un fonds de commerce. « Or, l'absence de certaines qualités, écrivent MM. Aubry et Rau, dont se trouverait dépourvue la chose vendue, ne constitue pas un vice de nature à donner lieu à l'action rédhibitoire (1). » Ces mêmes auteurs ajoutent : « Si la qualité qui fait défaut avait formé une condition expresse ou tacite de la vente, celle-ci serait susceptible d'être annulée pour cause d'erreur. »

Ainsi la clientèle est bien l'un des principaux éléments constituant une des qualités indispensables d'un fonds de commerce. Ce que l'acquéreur a surtout en vue, en contractant, ce sont les bénéfices que ce fonds pourra produire. Mais si l'absence de cette *qualité* peut permettre à l'acquéreur d'agir contre son vendeur, soit en vertu de l'article 1416, soit en vertu de l'article 1382, elle ne pourra, en aucun cas, donner ouverture à l'action rédhibitoire. Au

(1) AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, t. 4, § 355 bis, p. 387.

surplus, l'absence de clientèle n'aurait pu être considérée comme un vice caché au sens de l'article 1641. Elle ne constituerait qu'un vice apparent dont le vendeur, aux termes de l'article 1642, n'est pas tenu. « Les vices que
« l'acheteur a pu connaître, écrivent MM. Aubry et Rau,
« ne donnent par ouverture à l'action rédhibitoire. Il
« importe peu, d'ailleurs, que la découverte des défauts
« de la chose vendue soit plus ou moins facile. Si l'ache-
« teur se borne à un examen hâtif et superficiel, il court
« le risque de se tromper, et la loi ne vient pas en aide à
« ceux qui ne prennent pas le soin de veiller à leurs
« intérêts (1). »

Or, nous savons que l'acquéreur d'un fonds de commerce a tous les moyens pour vérifier les affirmations de son vendeur et pour s'assurer de la valeur de ce fonds. S'il ne le fait pas, il commet une négligence, dont il doit supporter les conséquences.

La jurisprudence a fait une exception pour les offices ministériels. La Cour Impériale de Bourges a jugé : « Que
« la cession des offices ministériels et notamment celle
« d'un greffe est un contrat *sui generis* qui ne peut, de
« tout point, être assimilé à la vente et qui donne lieu à
« une action en diminution du prix, si le cessionnaire a
« été trompé par le cédant sur les produits de l'office. En
« cette matière, le cédant doit être de la plus parfaite sin-
« cérité dans ses déclarations des produits : C'est là une

(1) AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, t. 4, § 355 bis, p. 387. Texte et note 8.

« condition rigoureuse de l'exercice légitime du droit de
« transmission que la loi lui accorde. Vainement le *cédant*
« exciperait comme d'une consécration définitive et sans
« recours, de l'admission, par l'autorité ministérielle, des
« évaluations qui lui ont été soumises, s'il vient à être
« démontré que sa religion a été surprise. Vainement on
« exciperait de l'*acquiescement* exprès ou tacite du ces-
« sionnaire résultant, soit des paiements opérés par ce der-
« nier, soit du temps qui s'est écoulé depuis son entrée
« en exercice : l'action du cessionnaire doit toujours être
« admise tant qu'elle n'est pas prescrite, par cela même
« que, de la part du cédant, *il a été fait fraude à la*
« loi (1). » Cette jurisprudence a été consacrée par la Cour
de Cassation dans un arrêt du 13 décembre 1853 (2).

« Attendu, dit la Cour, que la vénalité des offices,
« abolie par la loi du 4 août 1789 n'a point été rétablie
« par la loi du 28 avril 1816 ; que cette loi, en compensa-
« tion de certaines charges imposées aux offices, accorde,
« il est vrai, aux titulaires, l'exercice de la faculté spé-
« ciale de présenter des successeurs ; mais que ce droit
« est soumis au contrôle et à l'approbation de l'autorité
« publique ; et que, dès lors, en droit, les offices sont
« restés hors du commerce, et que leur transmission ne
« saurait être soumise aux règles ordinaires et générales
« des contrats. Attendu que l'ordre public étant intéressé
« à la sincérité des contrats se rapportant à la transmis-

(1) C.-I. DE BOURGES, 28 janvier 1853. (SIREY, 53-2-113.)

(2) Ch. req., 13 décembre 1853. (SIREY, 54-1-93.)

« sion des offices, aucune fin de non-recevoir résultant de
« l'exécution des contrats ne peut être opposée à celui qui
« allègue le dol ou la fraude pour faire annuler ou modifier les conventions... Attendu dès lors qu'en rejetant la
« fin de non-recevoir proposée, en réduisant le prix du
« contrat, sans s'arrêter à la lésion du droit commun, et
« par le seul motif que le prix avait été fixé sur des
« déclarations erronées et frauduleuses, l'arrêt attaqué,
« loin de violer les règles de la matière, en a fait une
« sage application. »

Cette exception, faite en faveur des offices ministériels, est due uniquement à ce que, dans ces cessions, pour lesquelles l'autorisation ministérielle est indispensable, le cédant, en trompant son cessionnaire sur les produits de son office, commet une véritable fraude à la loi.

La doctrine, cependant, ne semble pas d'accord avec la jurisprudence.

« Le seul mécompte, écrivent MM. Aubry et Rau,
« éprouvé par l'acheteur relativement aux produits de
« l'office, ne l'autoriserait pas à demander la réduction
« du prix, *si aucune manœuvre frauduleuse* n'avait été
« pratiquée à son égard, pour exagérer ces produits, et,
« surtout, s'il avait été mis à même de vérifier le rapport
« de l'office (1). »

De tout ce qui précède il résulte que l'acquéreur d'un fonds de commerce, qui a été trompé sur la valeur de ce fonds, ne bénéficie pas des dispositions de l'article 1644,

(1) AUBRY et RAU. T. 4, § 355 bis, p. 388, note 13.

l'absence de clientèle ne pouvant être considérée comme un vice, ni surtout comme un vice caché.

L'acquéreur trompé trouvera-t-il un secours plus efficace dans l'article 1116 du Code civil ? Nous essayerons de répondre à cette question.

CHAPITRE II

DU DOL DANS LE CONTRAT DE VENTE

L'une des conditions essentielles pour la validité d'une convention, c'est le consentement de la partie qui s'oblige, Aux termes de l'article 1109 du Code civil, il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou *surpris par dol*. Et l'article 1116 ajoute : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

Ce qui constitue le dol, dont s'occupent les articles 1109 et 1116, c'est-à-dire *le dol personnel*, ce sont les manœuvres pratiquées par l'une des parties contractantes, pour circonvenir, surprendre, tromper l'autre partie, et l'amener ainsi à consentir un contrat ou tout autre acte juridique.

« D'après l'article 1116, écrit M. Planiol, le dol suppose l'emploi *de manœuvres*, c'est-à-dire des artifices, « des ruses habiles ou grossières, mais comprenant tous « *jours des actes combinés* en vue de la tromperie. Cependant, ajoute-t-il, tous les civilistes admettent qu'un sim-

« ple mensonge, c'est-à-dire une tromperie purement ver-
« bale, sans aucune manœuvre qui l'accompagne, suffit
« à constituer le dol. On doit même décider que la *simple*
« *réticence* est un dol, quand elle est faite frauduleuse-
« ment pour tromper quelqu'un, mais il n'y a réticence
« que dans le cas où la loi impose à une personne l'obli-
« gation de parler ; hors de là, le silence reste permis et
« ne peut pas être qualifié de réticence (1). »

Le dol peut être, en effet, positif ou négatif. Il est positif, quand il consiste à dire, à faire ou à faire faire des choses tendant à persuader ce qui n'est pas. Il est négatif, au contraire, lorsqu'on tait ou dissimule une chose pour tromper, pour faire naître ou entretenir l'erreur de l'une des parties et l'engager ainsi à contracter.

L'article 1116, avons-nous dit, ne s'occupe que du *dol personnel*.

Pour qu'il y ait dol, au sens de cet article, il faut que la partie contractante, qui veut tromper l'autre partie, agisse de mauvaise foi, avec l'intention d'induire celle-ci en erreur et *de la déterminer à contracter*. « C'est l'inten-
« tion de tromper, écrit Demolombe, qui est caractéris-
« tique du dol, et l'article 1116 ne le reconnaît, en effet,
« que dans les manœuvres pratiquées par l'une des par-
« ties pour déterminer l'autre à contracter. D'où il faut
« conclure qu'il ne reconnaît pas ce que l'on appelle le
« *dol réel*... le *dolus re ipsa* (2). »

Pour bien montrer la différence qui existe entre le dol

(1) PLANIOL. *Traité de Droit civil*, 2^e édit., t. 2, n° 1061.

(2) DEMOLOMBE. *Traité des contrats ; Cours de Code Napoléon*, t. 24, n° 170.

de l'article 1116 et le dol réel, M. Demolombe a soin de donner un exemple. « J'ai fait avec vous, écrit-il, un « contrat quelconque de vente ou autre, *sans pratiquer* « *aucune manœuvre* pour déterminer votre consentement. « Mais ce contrat vous est très dangereux; il vous cause « une lésion considérable, *soit par votre faute, votre igno-* « *rance ou votre imprudence*, soit même, par suite de « *manœuvres dolosives qu'un tiers a pratiquées*, à mon « *insu, envers vous*. Pouvez-vous, si j'en réclame l'exécu- « tion, en demander la nullité pour cause de dol ? Non, « répond l'auteur, car l'article 1116 n'admet comme cause « de rescision que le *dol qui a déterminé le contrat... dans* « *causam contractui*. » Or, dans l'exemple précité, on ne relève, à la charge du vendeur, aucune manœuvre pratiquée dans le but de déterminer l'acquéreur à traiter. Ce n'est pas dire que celui-ci n'aura aucun moyen d'exiger la réparation du préjudice qu'il aura éprouvé. Nous verrons plus loin qu'il trouvera un secours dans l'article 1362 du Code civil.

Les juriconsultes romains estimaient qu'il y avait un dol suffisant pour entraîner la nullité du contrat, dans ce fait seul que la partie, lors même qu'elle n'avait pratiqué aucune manœuvre au moment de la formation du contrat lésionnaire, demandait ensuite à en profiter... « *Idem est, disait Ulpien, etsi nullus dolus intercessit stipulantis; sed ipsâ re inde dolum habet...* (1) *Nam etsi inter initia nihil dolo facit, attamen nunc petendo facit dolose...* (2) »

(1) L. 36, § *De verb. obligat.*

(2) L. 2, § 5, § *De doli mali et met. except.*

Ce sentiment était aussi celui de Pothier dans notre ancien droit. Mais il serait contraire, aujourd'hui, au texte formel, soit de l'article 1116, soit de l'article 1118, qui n'admet la lésion comme cause de la rescision que dans des cas exceptionnels que nous ne supposons pas ici.

Si équitable que l'ancienne doctrine puisse paraître, écrit M. Demolombe, elle ne serait donc plus juridique.

Et cependant c'est ce qu'enseigne M. Duranton (1). Il est vrai que l'auteur, modifiant l'hypothèse qui précède, ajoute : « Si j'ai contracté avec quelqu'un qui n'a point, « à la vérité, employé de manœuvres pour me circon-
« venir, mais qui m'a cependant induit en erreur sur un
« fait dont la croyance seule a pu me porter à contracter,
« je puis, selon les circonstances, demander la résilia-
« tion, encore que l'erreur ne tombât que sur le simple
« motif de cet engagement et non sur la cause qui en
« formait le lien ; car, celui qui, par sa faute, son impru-
« dence ou sa négligence, a causé un dommage, est obligé
« de le réparer (art. 1382-1383, C. civ.) ; or, la réparation,
« dans ce cas, consiste à me libérer de mon enga-
« gement (2). »

Duranton semble vouloir perdre de vue l'article 1116, qui est formel. Dans le cas qu'il vise, la partie lésée ne pourra demander la nullité du contrat, l'autre partie n'ayant employé aucune manœuvre pour l'amener à contracter.

(1) DURANTON. *Cours de droit français*, t. 9, n° 179.

(2) DURANTON. T. 10, n° 188.

Pour soutenir sa thèse, Duranton se voit obligé de recourir aux articles 1382 et 1383 du Code civil. Mais la réparation du préjudice accordée par ces articles ne peut se traduire qu'en dommages-intérêts. Ces dommages, il est vrai, pourront s'élever à des sommes très importantes qui, en fait, libéreront la partie lésée de ses engagements envers l'autre partie, mais le contrat restera entier avec toutes ses conséquences juridiques.

« Que cette solution, fait observer M. Demolombe, « puisse être admise, en effet, suivant les circonstances, « nous ne voulons pas le nier. Mais il importe toutefois « de remarquer que, dans l'hypothèse par Duranton, le « contrat ne présente en réalité, aucune cause de rescision résultant d'un vice de consentement : Pas de dol, « puisqu'on ne suppose pas de manœuvres pratiquées « envers la partie pour la déterminer à contracter. De « sorte, conclut Demolombe, qu'en admettant même, ce « qui n'est pas impossible, sans doute, que cette partie « eût été déterminée à contracter par l'imprudence et par « la faute de l'autre, elle n'aurait, en effet, contre elle, « qu'une action personnelle en dommages-intérêts, aux « termes de l'article 1382; action, dont le résultat, il est « vrai, pourrait être, entre les parties contractantes elles-mêmes, d'amener la rescision du contrat, mais qui ne « pourrait pas produire ce résultat, soit à l'encontre des « tiers acquéreurs, soit même à l'encontre des autres « créanciers de la partie contractante. »

En d'autres termes, l'action intentée en vertu de l'article 1382 et qui ne tend qu'à obtenir des dommages-

intérêts, pourra avoir comme conséquence *la résiliation amiable* du contrat.

La différence que nous venons de faire entre l'action de l'article 1116 et celle de l'article 1382, nous amène à bien montrer la distinction qu'il faut établir entre le dol principal et le dol incident.

CHAPITRE III

DOL PRINCIPAL ET DOL INCIDENT

L'article 1116 exige que les manœuvres pratiquées par l'une des parties aient été telles, qu'il soit évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, ce qui ne veut pas dire : n'aurait pas contracté aux mêmes conditions, mais bien : n'aurait pas contracté du tout.

Dans son traité de droit civil, M. Planiol s'exprime ainsi : « Le résultat du dol varie : tantôt il détermine
« l'auteur de l'acte à l'accomplir, si bien que, sans le dol,
« l'acte n'aurait pas eu lieu ; tantôt il a simplement pour
« effet de décider l'une des parties à accepter des condi-
« tions plus onéreuses, si bien que, sans le dol, l'acte se
« serait accompli quand même, mais à de meilleures con-
« ditions. Cette distinction s'énonce habituellement à
« l'aide d'expressions traditionnelles : on appelle *dol prin-*
« *cipal* ou *dolus dans causam contractui*, le dol qui déter-
« mine l'accomplissement de l'acte ; *dol incident*, *dolus*
« *incidens*, celui qui en modifie seulement les con-
« ditions (1). »

« Cette distinction, écrit Demolombe, est logique et pré-

(1) PLANIOL. *Traité de Droit civil*, t. 1, n° 282.

« voyante. Elle est logique, car le dol n'est une cause de
« nullité du contrat, que *parce qu'il a surpris le consen-*
« *tement de la partie*; or, on ne peut pas dire que le con-
« sument de la partie *a été surpris, lorsqu'il est évi-*
« *dent qu'elle aurait consenti indépendamment même de*
« *ce dol*. Elle est prévoyante, car il y aurait les plus
« grands dangers, pour la stabilité des conventions et pour
« le repos des familles, à admettre que toute espèce de
« dol, même seulement incident ou accessoire, dans les
« contrats, pourrait devenir une cause de nullité (1). »

Et l'auteur termine en donnant un exemple de dol incident.

« Les manœuvres, dit-il, pratiquées par un vendeur
« envers un acheteur, *afin d'obtenir un prix plus élevé,*
« dans un contrat de vente *déjà arrêté, ut pluris venderet,*
« ne constitueraient qu'un dol incident. »

Dans l'espèce, en effet, ce n'est pas le dol qui a déterminé l'acquéreur à traiter, celui-ci aurait acheté malgré les manœuvres employées par le vendeur, mais il aurait offert un prix moins élevé. Pour obtenir la nullité de la vente, l'acheteur devrait établir que, sans les manœuvres employées par le vendeur, il n'aurait pas traité du tout. Est-ce à dire que l'acquéreur, qui n'aura été trompé que sur *le motif* de son engagement, sera dépourvu de toute action contre son vendeur ? Il pourra obtenir des dommages-intérêts qui se traduiront par une réduction de prix.

(1) DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. 24, n° 175, p. 158.

Cette action lui a, de tout temps, été reconnue, soit en droit romain (1), soit dans notre ancien droit français (2). Elle dérive dans notre droit nouveau, de la disposition générale de l'article 1382 du Code civil.

« Le dol principal, écrit M. Planiol, peut faire naître
« l'action en nullité qui met l'acte à néant; le dol incident
« autorise simplement une rectification de ses conditions
« qui rétablira l'acte tel qu'il se serait fait s'il n'y avait
« pas eu dol : cela suffit, ajoute-t-il, pour réparer le tort
« causé ; l'annulation ne serait pas justifiée (3). »

Ainsi donc, le dol principal engendre une action en rescision ou en nullité, le dol incident ne donne ouverture qu'à une action en dommages-intérêts.

Il n'est pas toujours facile aux tribunaux de discerner les raisons qui ont pu déterminer la partie lésée à contracter. Celle-ci ne pourrait-elle soutenir, à bon droit, que, bien qu'étant décidée à contracter, elle n'aurait peut-être pas voulu y consentir, aux conditions qu'elle a acceptées sans les manœuvres qui ont été pratiquées envers elle ? C'est là une pure question de fait laissée à l'appréciation du juge. Du reste, l'acquéreur trompé, qui désire faire annuler la vente, est tenu de prouver qu'il n'a été amené à contracter que grâce aux manœuvres frauduleuses employées par le vendeur. Mais cette preuve est très difficile à administrer. Aussi ce sera, presque toujours aux tribunaux, qui ont en la matière un pouvoir souverain

(1) L. 43, § 3 *De contrah. empt.*

(2) POTHIER. *Traité des obligations*, art. 1382, n° 23.

(3) PLANIOL. *Traité de Droit civil*, t. 1, n° 282.

d'appréciation, qu'il appartiendra de rechercher, d'après les circonstances, si les parties auraient également traité malgré les manœuvres.

Les juges doivent surtout prendre en considération l'importance de l'objet sur lequel la partie aura été trompée.

Il est à présumer que celui qui achète un fonds de commerce accusant 10.000 de bénéfices annuels, n'aurait pas traité s'il avait su qu'il n'en produisait que deux ou trois mille. En l'espèce, bien que la tromperie ne porte que sur la valeur du fonds, l'objet sur lequel l'acquéreur aura été trompé, me paraît assez important pour lui permettre d'obtenir la nullité de la vente.

La jurisprudence cependant n'est pas de cet avis. La Cour de Douai a jugé dans deux arrêts, des 16 janvier et 8 février 1907, que l'exagération frauduleuse par le vendeur, des éléments actifs d'un fonds de commerce, du chiffre d'affaires, du chiffre de bénéfices qu'il a garanti, *peut constituer un dol incident* donnant lieu à allocation de dommages-intérêts sous la forme de réduction du prix de vente (1). D'où il faut conclure qu'elle ne pourra jamais donner lieu à une action en nullité.

La Cour de Paris a également décidé qu'en matière de vente de fonds de commerce, l'erreur ne peut être considérée comme portant sur la substance même de la chose et entraînant la nullité du contrat, lorsque le fonds avait,

(1) Douai, 16 janv. et 8 fév. 1907. (Jurisprudence Cour d'Appel de Douai.)

au moment où l'acquéreur contractait, une *existence réelle et sérieuse*, qu'il a été livré effectivement, et que l'acquéreur n'a été trompé que sur sa *valeur*.

La jurisprudence estime que le dol ne peut entraîner la nullité de la vente d'un fonds de commerce que lorsqu'il porte sur la substance même de ce fonds.

La doctrine ne semble pas être d'accord, sur ce point, avec la jurisprudence. « Le dol, écrit M. Planiol, porte « atteinte à la validité du contrat dans le cas même où « il n'a porté que sur des *qualités non substantielles* ou « *sur les motifs de circonstance* qui ont pu déterminer « le consentement d'une partie, s'il est constant que, sans « ces manœuvres, cette partie n'aurait pas contractée (1). »

La doctrine reconnaît donc le droit à tout acquéreur d'un fonds de commerce, même lorsqu'il n'a été trompé que sur les qualités non substantielles de ce fonds ou sur de simples motifs de circonstances, de faire annuler la vente, s'il est établi que ce sont ces qualités ou ces motifs, qui l'ont déterminé à traiter. Cette théorie trouve, à fortiori, son application lorsque le dol porte sur *les qualités substantielles* du fonds. « Substance, écrit M. le Conseiller « Le Poittevin, est synonyme de qualités substantielles, « dans le Code civil, de même que nature désigne, dans « le Code pénal, *les qualités* de la chose que les parties « ou l'une d'elles ont eues principalement en vue en contractant, celles sans lesquelles elles n'auraient pas « traité, parce que leur absence modifie la nature de la

(1) PLANIOL. *Traité de Droit civil*, t. 2, n^{os} 1065-1066.

« chose marchande (1). » Cette doctrine est celle de la logique et du bon sens.

Je disais plus haut qu'à mon avis, la clientèle constitue l'une des qualités substantielles d'un fonds de commerce. Ce que l'acquéreur a principalement en vue, en contractant, ce sont les bénéfices qu'il pourra réaliser. Si l'exagération frauduleuse, par le vendeur, de ces bénéfices, est de peu d'importance, il serait téméraire de soutenir que c'est cette exagération qui a déterminé l'acquéreur à traiter. Il est vraisemblable qu'il aurait acheté quand même, mais à des conditions plus avantageuses. Il est à supposer, au contraire, que celui qui croit acheter un fonds produisant de gros bénéfices, n'aurait pas traité du tout, s'il avait su que ces bénéfices étaient tout à fait minimes. Bien que ne portant que sur la valeur du fonds, le dol employé par le vendeur devrait, dans ce cas, entraîner la nullité de la vente.

La jurisprudence, nous l'avons vu, est d'un avis tout à fait contraire. Le vendeur qui, grâce à des manœuvres frauduleuses, aura trompé son acquéreur sur la valeur du fonds vendu, ne pourra pas se voir actionner en nullité de vente, si ce fonds avait une existence réelle et s'il a été livré effectivement. Ce n'est qu'à regret que les tribunaux prononcent la rescision d'une vente et c'est même, avec la plus grande réserve qu'ils font droit aux demandes en réduction de prix. Demolombe en donne la raison. « On « ne saurait, écrit-il, considérer comme un dol incident

(1) LE POITTEVIN. *Dictionnaire-formulaire des parquets et de la police judiciaire*, t. 2, p. 598.

« proprement dit, susceptible de donner naissance à une
« action en dommages-intérêts, toute espèce d'indélica-
« tesse ou même de mauvaise foi dans les conventions.
« Il est de la nature ou, plutôt même, de l'essence des
« conventions commutatives, que la lutte des intérêts con-
« traire s'engage entre les deux parties qui les repré-
« sentent; *cette lutte, c'est la liberté même du commerce,*
« et il en résulte nécessairement que chacune d'elles
« s'emploie à faire sa condition meilleure que celle de
« l'autre. De là ces procédés par lesquels, le plus souvent,
« le vendeur exalte la qualité de la chose, dissimule ou
« atténue ses défauts, tandis que l'acheteur ne se fait
« pas faute de la déprécier, afin d'obtenir, chacun de son
« côté, un marché plus avantageux. « *Ita nec ut emat*
« *melius, nec ut vendat quadquam, simulabit vir bonus,*
« écrivait Cicéron dans son admirable traité « *De Offi-*
« *ciis* (L. III C. XV.) (1). »

Si tous les auteurs ne partagent pas l'avis de Demo-
lombe, par contre, la jurisprudence est unanime à recon-
naître au commerçant le droit de vanter et de faire res-
sortir la valeur et les mérites des choses qu'il offre en
vente; de leur prêter des avantages et des importances
qu'elles n'ont pas; d'employer, en un mot, tous les moyens
de persuasion pour amener l'acquéreur à traiter. Celui-ci
n'aura rien à réclamer, si le vendeur n'a employé aucune
manœuvre frauduleuse pour le déterminer à acheter. C'est
à l'acheteur d'être prudent et de prendre toutes ses garan-
ties pour l'avenir. C'est à lui, à qui le vendeur n'a rien

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 24, n° 178.

caché et qui a été mis à même d'examiner attentivement l'objet qu'on lui vendait, de s'entourer de tous renseignements et de ne se prononcer librement qu'après s'être bien éclairé sur la nature et la qualité de son achat. S'il se montre négligent et imprévoyant, tant pis pour lui; il n'est que trop juste qu'il supporte les conséquences des fautes qu'il a commises.

Spécialement, dans une vente de fonds de commerce, le vendeur aura rempli ses obligations, une fois qu'il aura remis à son acquéreur, avec les clefs du fonds, les livres qu'il a en sa possession. L'acquéreur devra, de son côté, s'assurer de l'importance de la clientèle, prendre des renseignements sur la valeur réelle du fonds et sur les bénéfices qu'il pourra procurer.

Si le vendeur a annoncé un chiffre d'affaires de beaucoup supérieur à celui qui résulte de ses livres, l'acquéreur n'aura pas à s'en plaindre, si ces livres ont été mis à sa disposition, s'il ne les a pas consultés, ou même s'il n'en a pas exigé la production. Il aura été victime de sa propre négligence, ou de sa trop grande confiance.

Le Tribunal de Commerce du Havre a jugé, conformément à une jurisprudence constante que « c'est à l'acqué-
« reur d'un fonds de commerce, en l'absence de toute
« garantie d'un chiffre de recettes de la part du vendeur.
« qu'il importe de prendre tous renseignements sur la
« valeur réelle du fonds, sur les bénéfices qu'il procure
« et sur ceux qu'il est appelé à donner dans l'avenir, eu
« égard aux circonstances. Qu'en ne le faisant pas, il
« commet une légèreté dont il doit seul supporter la res-

« pensabilité, sans recours contre le vendeur, en l'absence
« de dol ou de fraude dûment établis contre lui. »

En parlant de dol ou de fraude, la Cour de Douai n'entend pas parler de certains procédés indéliçats, et cependant permis dans les relations commerciales, mais bien de manœuvres frauduleuses.

Ainsi, de même que l'acquéreur trompé ne verra accueillir favorablement sa demande en nullité de vente que s'il établit que ce sont les manœuvres frauduleuses employées par le vendeur qui l'ont déterminé à traiter; de même l'acquéreur d'un fonds de commerce qui a été trompé sur la valeur de ce fonds, devra, pour obtenir une réduction de prix, relever ces mêmes manœuvres à la charge de son vendeur.

Si l'on considère, d'une part, la grande liberté dont jouit le commerce, et, de l'autre, le peu de faveur que les demandes en nullité de vente ou même en réduction de prix, trouvent auprès des tribunaux, on comprend combien peu efficace est le secours que les acquéreurs trouvent dans l'article 1116.

Mais, objectera-t-on, pourquoi l'acquéreur ne se montre-t-il pas plus prévoyant, et pourquoi ne prend-il pas la précaution de se faire garantir, dans l'acte de vente, un chiffre de bénéfices ?

Une première question se pose. De quels bénéfices peut-il être question ? De ceux qui ont été réalisés par le vendeur. ou de ceux que réalisera l'acquéreur ? Il est

(1) Trib. Com. Havre, 29 mai 1900. *Rec. du Havre*, 70-1-1900.

hors de doute qu'il ne peut être question de ces derniers. Un fonds de commerce peut avoir été des plus prospères tant qu'il a été administré par le vendeur, si celui-ci est un commerçant expérimenté et habile, rangé et économe. Il peut, au contraire, dépérir et tomber même complètement, si l'acquéreur ne possède aucune de ces qualités. Le cas se présente assez souvent.

Comment, dans ces conditions, un vendeur pourrait-il affirmer que son successeur réalisera les bénéfices qu'il a réalisés lui-même ? Ne serait-il pas injuste de vouloir exiger de lui qu'il se rende responsable d'un état de choses qu'il n'a pas créé et qu'il ne pouvait prévoir ?

Mais ce que l'acquéreur peut et devrait toujours exiger de son vendeur, c'est qu'il lui garantisse le chiffre d'affaires qu'il a réalisé lui-même pendant les dernières années de sa gestion. Si le vendeur est de bonne foi, il se prêtera facilement aux exigences de l'acquéreur. S'il s'y refuse, c'est qu'il est de mauvaise foi, et l'acquéreur n'aura qu'à s'abstenir. Ainsi, ce que le vendeur peut seul garantir, c'est l'authenticité de ses inventaires, la valeur de son fonds au moment de la vente. Il ne peut répondre d'une gestion qui n'est pas la sienne.

La Cour de Paris a jugé, dans ce sens, « que l'évaluation des bénéfices à un chiffre déterminé, dans un acte de vente d'un fonds de commerce, ne doit pas être entendue en ce sens, que le vendeur aurait garanti *un bénéfice annuel* de pareille somme, mais ce chiffre, ainsi expressément indiqué dans l'acte, n'ayant pu être étranger à la détermination prise par l'acheteur d'acheter le fonds, il y a lieu, au profit de celui-ci, à

« une réduction du prix si, *dans les trois dernières années*,
« le bénéfice a été inférieur à ce chiffre. »

D'où il faut conclure que l'acquéreur, qui ne réalise pas les mêmes bénéfices que son vendeur, n'aura rien à réclamer si le chiffre, garanti par celui-ci, est bien celui des dernières années qui ont précédé la vente.

Quoi qu'il en soit, en exigeant du vendeur une telle garantie, non seulement l'acquéreur s'assurera un recours au cas où il aurait été trompé sur la valeur du fonds, mais il pourra ainsi se convaincre, avant la vente, de la bonne ou de la mauvaise foi de son vendeur.

Un acquéreur ne devrait donc jamais négliger de prendre cette précaution. S'il conçoit le moindre doute sur la bonne foi de son vendeur, le meilleur sera pour lui de s'abstenir et de ne pas compter sur un recours possible qui, le plus souvent, sera illusoire. L'acquéreur trompé peut, s'il se trouve dans l'un des cas spécifiés plus haut, demander et obtenir, soit la nullité de la vente, soit une réduction de prix. Mais la satisfaction qu'il obtiendra sera le plus souvent platonique. Presque toujours il se trouvera en présence d'un insolvable. Si son prix a été entièrement versé, il en sera quitte pour supporter les frais du procès qu'il aura intenté.

Quant au vendeur, il n'aura rien à craindre et pourra continuer ses exploits tout à son aise.

On comprend quel a dû être, pendant longtemps, l'état d'âme des malheureux acquéreurs. Leur conscience devait se révolter en présence d'une iniquité aussi flagrante.

Tout acte malhonnête ne mérite-t-il pas une répression ?

Aussi, ne trouvant pas auprès des Tribunaux de Commerce le secours qu'ils étaient en droit d'attendre d'eux, ils ont fini par s'adresser aux Tribunaux correctionnels. Aussi voyons-nous fréquemment des vendeurs de fonds de commerce traduits en police correctionnelle, pour y répondre du délit d'escroquerie commis au préjudice de leur acquéreur. Nous dirons plus loin quels sont les avantages que présente une telle répression, aussi bien au point de vue moral qu'au point de vue matériel, c'est-à-dire au point de vue des intérêts de la Société et des intérêts particuliers.

Le délit d'escroquerie est celui qui se rencontre le plus souvent dans les cessions de fonds de commerce. Nous nous bornerons à rechercher quels sont, en cette matière, les éléments constitutifs de ce délit, et à relever les manœuvres employées ordinairement par les vendeurs de fonds.

Cette étude nous amène à faire une distinction entre le dol criminel et le dol civil. Celui-ci donne ouverture, selon le cas, à une action en nullité de la convention ou en paiement de dommages-intérêts. Le dol criminel donne en même temps ouverture à des poursuites correctionnelles.

Mais quand y aura-t-il dol civil, et quand y aura-t-il dol criminel ? Voilà une question à laquelle les auteurs n'avaient pas, jusqu'à ces derniers temps, fourni une réponse nette et précise. Cette réponse nous est donnée enfin par M. Planiol.

CHAPITRE IV

DOL CIVIL ET DOL CRIMINEL

Presque tous les auteurs, avant M. Planiol, essayaient de trouver la distinction entre le dol civil et le dol criminel dans *les moyens* employés par l'auteur du dol.

« Le dol criminel, écrit Larombière, doit réunir certains caractères qui ne sont pas nécessaires au dol civil (1). » Mais quels sont ces caractères auxquels l'auteur fait allusion ? Voilà ce qu'on ne nous dit pas.

La définition donnée par Demolombe ne nous satisfait pas davantage. « Nous n'avons pas à rechercher, écrit-il, si les manœuvres qui auraient été pratiquées pour déterminer une partie à contracter, réunissent les éléments constitutifs de l'escroquerie... Il suffit que ces manœuvres aient un caractère de déloyauté assez grave pour que la rescision du contrat doive être prononcée. »

Et M. Bedarride ? « Le dol dégénère en véritable délit, lorsque les manœuvres qui le constituent atteignent

(1) LAROMBIÈRE. *Traité pratique des oblig.* Art. 1116, n° 2.

(2) DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. 24, n° 173.

« une gravité telle que l'ordre public exige autre chose
« que l'annulation du contrat (1). »

Enfin, dans la circulaire du 30 mai 1863, à propos de la mise en vigueur du nouvel article 405 du Code pénal, relatif à l'escroquerie, le Garde des Sceaux adressait aux Procureurs généraux les recommandations suivantes :
« Quoique la généralité de l'article doive atteindre les
« escrocs de toute classe et de tout âge, je vous recom-
« mande de veiller à ce que vos substituts ne confondent
« pas, avec la tentative d'escroquerie, les manifestations
« de dol civil ou commercial contre lesquelles la prudence
« des contractants est une sauvegarde suffisante et dont
« la répression n'est pas réclamée impérieusement par
« l'intérêt social (2). »

Le Garde des Sceaux montrait, à bon droit, l'intérêt qu'il y avait à ne pas confondre le dol civil avec le dol criminel, pour éviter de porter atteinte à la liberté du commerce. Mais une telle confusion ne risque-t-elle pas aussi de porter atteinte à la liberté individuelle ? Nous voyons, chaque jour, des informations, ouvertes contre des vendeurs de fonds, se terminer par des ordonnances de non-lieu. Des poursuites toujours préjudiciables, au point de vue matériel comme au point de vue moral, sont exercées, avec la plus grande bonne foi, contre des commerçants qui n'ont usé que de leurs droits ou qui ne se sont rendus coupables que d'un dol civil. Voilà pourquoi

(1) BEDARRIDE. *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale.*

(2) *Revue critique*, 1893, p. 547.

il est indispensable que l'on sache, d'une façon nette et précise, ce que l'on entend par dol civil et par dol criminel.

Dans un remarquable article paru dans la « Revue Critique », M. Planiol a donné la définition exacte des deux genres de dol et a rendu ainsi toute confusion impossible (1).

« On parle à tout propos, écrit M. Planiol, de la distinction du dol civil et du dol criminel, comme s'il s'agissait d'une de ces notions claires par elles-mêmes que tout le monde possède et comprend et qu'il est inutile de définir...

« ...Personne que je sache, ajoute-t-il, n'a jamais déterminé la ligne de séparation entre le dol civil et le dol criminel. Leur frontière est restée enveloppée de brouillards... » Ces brouillards, M. Planiol est parvenu à les dissiper.

Pour lui, le contact ne peut s'établir entre les deux législations, sur le terrain du dol, qu'à l'occasion des tromperies qui ont pour objet de provoquer la conclusion d'une convention, puisque ce sont les seules qui méritent réellement le nom de dol. Or, il n'y a dans la loi pénale qu'une seule incrimination qui permette de réprimer ces faits, *c'est l'escroquerie*.

C'est donc en faisant une comparaison entre l'escroquerie et le dol que le savant professeur parviendra à

(1) PLANIOL, *Revue critique* (dol civil et dol criminel, 1893, p. 547-649).

nous faire distinguer, d'une façon claire et précise, le dol civil du dol criminel.

La différence entre le dol purement civil et l'escroquerie ne doit pas être cherchée, comme l'ont pensé la plupart des auteurs, dans le degré plus ou moins grand de déloyauté ou d'immoralité des procédés employés par le trompeur. « C'est là, écrit M. Planiol, une conception « vague, un moyen facile de trancher la question en appa-
« rence, en faisant le triage des dols véniels et des dols
« graves. Ce serait offrir aux juges chargés de la représ-
« sion des crimes et des délits, un critérium insuffisant
« et flottant, car on ne leur indique pas où passerait la
« limite entre ce qui est gravement déloyal et ce qui l'est
« légèrement. » Et il ajoute : « Ce qui caractérise le dol,
« ce qui le sépare des autres agissements délictueux, *c'est*
« *la nature des moyens qu'il emploie et le but qu'il pour-*
« *suit.* Le dol consiste à tromper, à faire naître une erreur
« dans l'esprit d'autrui, de façon à faire prendre à quel-
« qu'un une résolution qu'il n'eût pas prise sans cela.
« Pour y réussir, il faut donc falsifier les éléments, d'après
« lesquels la personne va se déterminer. *Le choix des*
« *moyens est imposé par la nature du but poursuivi.* »

Ainsi, pour savoir si l'on se trouve en présence d'un dol civil ou d'un dol criminel, il suffit de rechercher quels ont été les moyens employés par le trompeur, et quel a été le but qu'il a poursuivi.

L'escroc travaille toujours pour se procurer, aux dépens de sa victime, un enrichissement gratuit. Son dol a donc un but bien déterminé : *se faire remettre une chose*

qui ne lui est pas due et dont il ne fournira pas la contrepartie. Le dol criminel sera donc celui qui aura pour objet l'obtention gratuite de choses mobilières. Il consistera dans les manœuvres employées pour s'appropriier le bien d'autrui.

Il ne faut pas, cependant, confondre l'escroquerie avec le dol criminel. L'escroquerie est le but que l'on se propose d'atteindre; le dol est le moyen employé pour y parvenir.

Ce n'est pas le dol en lui-même que frappe l'article 405 du Code pénal, mais le fait de s'être approprié ou d'avoir voulu s'approprier gratuitement le bien d'autrui.

Spécialement, un commerçant qui, grâce à l'emploi de manœuvres frauduleuses, parviendra à vendre, à un prix élevé, un fonds de commerce n'ayant aucune valeur, commettra une escroquerie, son but ayant été de se faire verser le prix et de ne rien donner en échange. Les moyens qu'il aura employés, pour déterminer l'acquéreur à traiter, constitueront le dol criminel.

Au contraire, ce même commerçant, tout en employant les mêmes manœuvres, ne commettra qu'un dol civil, si son but est simplement de se défaire de son fonds, et s'il le vend à son vrai prix. Il ne peut, en effet, y avoir ici escroquerie, puisque le principal élément constitutif de ce délit, l'appropriation gratuite du bien d'autrui, fait défaut.

Mais peut-on soutenir que le vendeur qui, par des manœuvres frauduleuses, trompe son acquéreur sur la valeur réelle de son fonds, ne commet pas le délit d'escroquerie ? La jurisprudence semble admettre ce principe,

dans l'intérêt des transactions commerciales. Quant à moi, je ne saurais être d'accord avec la jurisprudence.

J'estime que le vendeur qui, à l'aide de manœuvres frauduleuses, se fait remettre un prix supérieur à la valeur réelle du fonds, commet une véritable escroquerie, puisqu'il s'enrichit, aux dépens de l'acquéreur, de la partie du prix dont il ne fournit pas l'équivalent. *Son but* aura bien été d'escroquer *partie de la fortune d'autrui*.

La Cour de Cassation a, du reste, jugé, dans un arrêt du 27 août 1863, que les manœuvres frauduleuses à l'aide desquelles, soit par des annonces mensongères, soit par une simulation préméditée d'achalange, le prévenu a fait croire à *une valeur très exagérée* et par conséquent chimérique du fonds de commerce qu'il voulait vendre et qu'il a vendu, en effet, par suite de ces manœuvres, réunissent toutes les conditions du délit d'escroquerie (1).

C'est le but poursuivi qui permettra de discerner le dol civil du dol criminel. Quant aux moyens employés, ils sont les mêmes, à quelques exceptions près, et peuvent aussi bien constituer l'un que l'autre. En effet, l'expression employée dans le Code Napoléon, dans son article 1116, pour qualifier les moyens du dol, est la même que celle de l'article 403 du Code pénal. C'est le mot « manœuvres » que l'on retrouve dans les deux articles. Or, on ne peut donner qu'une définition de ce mot. « Les manœuvres consistent dans toute mise en scène, dans tout fait extérieur, destinés à inspirer confiance à un tiers. »

(1) Crim. Cass., 27 août 1863. (G. DALLOZ, *escroq.*, page 1282, note 1.)

Ainsi, *les mêmes manœuvres* pourront constituer aussi bien un simple dol civil qu'une escroquerie. Le tout dépendra du but que le trompeur aura poursuivi.

Mais si les manœuvres frauduleuses sont un élément constitutif du délit d'escroquerie, le dol civil, au contraire, peut consister dans de simples affirmations mensongères.

Dans le système de la loi française, la règle est que les paroles mensongères ne suffisent pas pour constituer l'escroquerie, sauf, toutefois, lorsque l'escroc s'est attribué un faux nom ou une fausse qualité. Pothier soutenait que cette règle devait s'appliquer même au dol civil : « Il n'y
« a, écrivait-il, que ce qui blesse ouvertement la bonne
« foi qui soit regardé comme un vrai dol, tels que *toutes*
« *les manœuvres* et les artifices qu'une partie aurait
« employées (1). »

M. Planiol est d'un avis tout à fait contraire. Il estime que les paroles mensongères devraient, dans certains cas du moins, être assimilées à de véritables manœuvres frauduleuses. « On pourrait se demander très sérieuse-
« ment, écrit-il, si le droit pénal a raison de rester indif-
« férent. L'idée du législateur a été probablement que
« celui qui se laisse duper par des paroles est un mala-
« droit, un nigaud. Est-ce une raison pour donner carte
« blanche à la fraude ? La fonction de la loi n'est-elle
« pas de protéger les faibles et les ignorants ? En inter-
« disant aux juges de s'occuper des dols qui se commet-

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 31.

« tent par la parole seule, le législateur a oublié que la
« personne trompée n'a pas toujours le moyen de vérifier,
« en temps utile, les allégations fausses qui lui sont pro-
« duites. Ainsi, dit-il, voici deux escrocs : pour soutirer
« de l'argent à leurs dupes, l'un se prétend investi d'une
« fonction administrative qu'il n'a pas, l'autre se vante
« de posséder, auprès d'un ministre, une influence qu'il
« n'a pas : le premier sera punissable, quoiqu'il se soit
« borné à affirmer sa prétendue qualité; l'autre ne le sera
« que s'il a, *par des actes*, contribué à faire croire à sa
« prétendue influence (1). » Et M. Planiol termine en
déclarant qu'il ne s'explique pas cette différence de trai-
tement. C'est en vain qu'on rechercherait, en effet, la
raison pour laquelle le législateur a donné à l'attribution
d'un faux nom ou d'une fausse qualité, une importance
qu'il refuse aux autres affirmations mensongères.

Quoi qu'il en soit, nos civilistes sont d'accord avec la
jurisprudence pour décider que les mensonges ne peu-
vent constituer qu'un dol civil. « Le dol, écrit Demolombe,
« consiste dans des *affirmations mensongères* ou dans des
« dissimulations ou dans des réticences fallacieuses, il
« n'importe (2). »

Aubry et Rau reconnaissent également le dol dans le
simple mensonge, mais non pas d'une façon aussi absolue.

Que disent-ils ? « Le fait de l'un des contractants de
« dissimuler ou d'atténuer les défauts de la chose, ou de
« lui attribuer des défauts qu'elle n'a pas, ne constitue

(1) PLANIOL. *Revue critique de législation*, 1893, § 34, p. 569.

(2) DEMOLOMBE. T. 24, n° 72.

« pas un dol... si ce fait n'a été accompagné ni de moyens
« frauduleux pour induire l'autre partie en erreur, ni
« d'affirmations précises présentant un caractère excep-
« tionnel de tromperie (1). »

Ainsi, d'après MM. Aubry et Rau, il faut faire une distinction entre les paroles en l'air, simples propos qui s'échangent dans toutes discussions d'intérêts, et les affirmations catégoriques ayant la valeur d'un engagement. Ces dernières seulement pourront constituer un dol civil.

Il est, cependant, à remarquer que la jurisprudence semble vouloir faire une exception en faveur du vendeur d'un fonds de commerce. Les affirmations mensongères apportées par celui-ci, pour déterminer l'acquéreur à traiter, ne pourront constituer un dol, même civil, qui si elles ont été appuyées par des manœuvres extérieures destinées à leur donner force et crédit (2). On part de ce principe que c'est à l'acquéreur, qui a été mis à même de se renseigner, de contrôler les affirmations du vendeur. En ne le faisant pas, il commet une faute, dont il doit, subir les conséquences.

On s'est demandé si la réticence doit être considérée comme un dol. Nous avons vu que Demolombe a répondu affirmativement.

Je crois, avec M. Planiol, qu'il faut faire une distinction.

(1) AUBRY et RAU. *Cours de Droit civil français*, t. 4, § 343 bis, p. 302.

(2) Trib. Com. Havre, 2 mars 1898-29 mai 1900. (*Rec. du Havre*, 9-1-1900), 70-1-1900.

« En général, écrit-il, la simple réticence ne peut être
« considérée comme un dol. Celui qui ne dit rien ne
« trompe pas. Cependant, il y a des cas où l'une des
« parties est mieux à même que l'autre, ou, pour mieux
« dire, elle est seule à même de connaître certaines choses
« ou certains faits que l'autre partie ne peut ni deviner
« ni vérifier... C'est alors que, à proprement parler, le
« silence mérite le nom de réticence. Commettre une réti-
« cence est quelque chose de plus que garder le silence :
« *c'est se taire dans un moment où on aurait dû parler.*
« Ce n'est que dans ce dernier cas que la réticence cons-
« tituera un véritable dol (1). »

En résumé, l'on peut dire que, sauf quelques rares exceptions dont nous avons parlé, tous les moyens qui servent à commettre une escroquerie, ne constitueront qu'un dol civil, si le trompeur n'a pas eu pour but de s'approprier gratuitement la fortune d'autrui. Il devrait y avoir, sur ce point, concordance parfaite entre la théorie du droit civil et celle du droit pénal, l'un annulant le contrat à raison du dol, l'autre prononçant une peine à raison de l'atteinte à la fortune d'autrui. C'est le vol qui est un délit et non pas le dol. C'est au droit civil qu'il appartient de se préoccuper du dol et de fixer les effets de l'obligation qu'il fait naître. Le dol criminel n'existe pas si par dol criminel on veut entendre le dol frappé d'une peine pour lui-même. Le dol ne devient délit que quand il sert à s'emparer du bien d'autrui. C'est donc le but que le trom-

(1) PLANIOL. *Revue critique*, 1903, p. 649.

peur s'est proposé d'atteindre qui permettra de distinguer, d'une façon infaillible, le dol civil du dol criminel.

M. Planiol termine son si intéressant article par cette conclusion : « Il faut rejeter comme entièrement fausse
« l'idée émise par la plupart des auteurs, A les en croire,
« le système de la loi serait fondé sur un triage à opérer
« entre les faits de dol, d'après leur degré de gravité. Or,
« il est faux que la loi pénale s'émeuve seulement des
« actes les plus immoraux et laisse, au droit civil, le soin
« de réprimer les dols bénins. La vérité, c'est que la loi
« pénale fait un délit de toute atteinte au droit de pro-
« priété et abandonne au droit civil toute la matière des
« conventions (1). »

(1) PLANIOL. *Revue critique*, 1903, § 65, p. 662-663.

CHAPITRE V

DES MANŒUVRES FRAUDULEUSES EMPLOYÉES DANS LES VENTES DES FONDS DE COMMERCE

Après ce qui vient d'être dit, il nous sera facile de distinguer les cas dans lesquels un vendeur de fonds de commerce se rendra coupable du délit d'escroquerie : il commettra une escroquerie et tombera sous le coup de l'article 405 du Code pénal, lorsque les manœuvres qu'il aura employées auront eu pour but d'amener l'acquéreur à verser un prix dont il ne fournira pas l'équivalent.

Dans tous les autres cas, il ne commettra qu'un dol civil, principal ou incident, qui pourra entraîner, soit la nullité de la vente, soit une condamnation à des dommages-intérêts, mais jamais des poursuites correctionnelles.

Ainsi, l'ensemble de faits démontrant que l'acheteur a été trompé par une mise en scène organisée dans le but de faire croire à l'existence de bénéfices imaginaires constituera une escroquerie. Il en sera de même lorsque, pour parvenir à ce même résultat, le vendeur aura fait usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité.

La manœuvre frauduleuse, nous l'avons dit, consiste dans une mise en scène, dans une manifestation exté-

rière, destinée à inspirer confiance. Elle doit se présenter sous la forme d'un fait extérieur appréciable aux yeux de la victime du délit.

Quels sont, en matière de ventes de fonds de commerce, les procédés qui constituent, à la charge du vendeur, la mise en œuvre d'actes matériels et extérieurs, c'est-à-dire les manœuvres frauduleuses au sens de l'article 405 ? Il serait difficile ou plutôt impossible de les énumérer tous. Il faut donc se borner à signaler ceux que les vendeurs malhonnêtes emploient le plus souvent.

TITRE I

Intervention d'un tiers.

Aux termes d'une jurisprudence constante, le fait, de la part d'un tiers, d'intervenir pour appuyer les allégations mensongères du vendeur, constitue une manœuvre frauduleuse. Spécialement, la Cour de Paris a jugé, dans un arrêt du 7 juillet 1891, qu'il y avait escroquerie dans le fait, par le vendeur d'un fonds de commerce sans valeur, de le présenter comme excellent, en affirmant un chiffre de bénéfices fictifs, affirmations corroborées par les mensonges de l'agent d'affaires intermédiaire (1).

Et la Cour suprême a définitivement consacré ce principe dans un arrêt du 10 décembre de la même année :

(1) Paris, 7 juillet 1891. *Gaz. Pal.* 91-2-220.

« Doit, dit la Cour, être considéré comme auteur d'une
« escroquerie l'individu qui, par lettre, a appuyé les allé-
« gations mensongères du vendeur d'un fonds de com-
« merce, alors que, grâce à ce concert frauduleux, un
« tiers a été amené à acheter le fonds. » Et la Cour ajoute :

« Doit être considéré comme complice celui qui a pro-
« curé sciemment, à un vendeur, les moyens de consom-
« mer une vente frauduleuse et qui l'a assisté avec con-
« naissance dans tous les moyens qui l'ont préparée, et
« qui ont été reconnus rentrer dans la catégorie des
« manœuvres prévues par l'article 405 du Code pénal (1). »

L'intervention d'un tiers constitue une manœuvre frauduleuse, de quelque façon qu'elle se manifeste. Elle peut être réelle ou imaginaire, expresse ou tacite. Mais pour qu'il y ait escroquerie, il est indispensable que l'escroc ait pris part directement ou indirectement aux manœuvres, en provoquant l'intervention du tiers. Une intervention spontanée ou qui s'est produite à l'insu du vendeur ne saurait être relevée comme une manœuvre à la charge de celui-ci. En matière d'escroquerie, les manœuvres ne sont constitutives du délit que si elles sont personnelles.

« L'intervention d'un tiers, écrit M. Garçon, lorsqu'elle
« se produit spontanément et sans aucun concert frau-
« duleux avec l'auteur des mensonges, ne peut jamais
« constituer une manœuvre frauduleuse à la charge de
« celui-ci. A la vérité, ajoute-t-il, c'est peut-être cette
« intervention qui a convaincu la dupe et l'a déterminée

(1) Cass., 10 décembre 1891.

« à faire la remise des sommes ou valeurs, mais c'est alors
« un fait étranger à l'artisan de la fraude et qui ne peut
« lui être imputé. S'il a seulement menti, il n'est respon-
« sable que de ses mensonges et, en pareil cas, on ne peut
« plus dire qu'il a employé des manœuvres frauduleuses.
« La poursuite ne doit donc pas seulement établir qu'un
« tiers a confirmé les allégations mensongères reprochées
« au prévenu, elle doit prouver que cette intervention est
« le fait de celui-ci, qu'elle a été voulue, combinée, sol-
« licitée par lui. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'un
« tiers soit intervenu, il faut que l'escroc l'ai fait inter-
« venir. Ce point ne peut faire aucun doute (1). »

Et la Cour de Cassation a jugé spécialement dans un arrêt du 15 décembre 1900, qu'il n'y a pas manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie, lorsqu'un commerçant, ayant manifesté à plusieurs personnes l'intention de vendre son fonds de commerce, un acheteur lui a présenté des tiers qui ont fourni sur l'acheteur les meilleurs renseignements, confirmés par un autre tiers indiqué comme référence par l'acheteur et chez lequel le vendeur s'est rendu avec l'acheteur, ont décidé le vendeur a céder son fonds à l'acheteur, qui était d'ailleurs sans ressources et dans l'impossibilité absolue de faire face à ses engagements ; les mensonges ainsi employés par l'acheteur pour se créer une apparence de solvabilité, et confirmés par des tiers, dont la mauvaise foi n'est pas à rechercher, n'établissent pas suffisamment à la charge de l'acheteur la

(1) GARÇON, *Code pénal annoté*; art. 405, n° 25 ; voir aussi n°s 21 et suiv.

fraude organisée à l'aide d'une mise en scène et par l'intervention de tiers destinées à donner force et crédit aux allégations mensongères du prévenu (1). Cet arrêt refuse de voir une manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie dans la confirmation des renseignements mensongers par un tiers indiqué comme référence.

La jurisprudence, d'accord avec la doctrine, exige l'existence d'un concert et d'une entente préalable entre le prévenu et les tiers.

Mais ce n'est pas tout, et il ne suffit pas que l'intervention du tiers ait été provoquée par l'escroc pour qu'il y ait escroquerie. Il faut aussi que cette intervention ait été le moyen à l'aide duquel le résultat poursuivi a été atteint, c'est-à-dire à l'aide duquel des fonds ont été obtenus. Si la cause efficiente de cette remise est tout autre, il ne saurait y avoir escroquerie par le fait seul de cette intervention. Il doit exister une relation de cause à effet entre la manœuvre et la remise de la chose. « Cette « remise, écrit M. Garçon, doit avoir été déterminée par « la manœuvre employée (2). » C'est ce principe qu'a appliqué le tribunal de Nice dans un jugement du 4 février 1899. En 1898, la princesse Louise de Saxe-Cobourg Gotha, qui se trouvait à Nice où elle menait une existence de prodigalité qui excédait ses ressources, se fit remettre par un bijoutier 391.000 francs de bijoux en déclarant qu'ils étaient destinés à la corbeille de mariage

(1) Cass., 15 décembre 1900. (SIREY, 1901-1-204.) — Conforme. Cass., 15 janvier 1894. (SIREY, 1894-1-208.)

(2) GARÇON. *Code pénal annoté*, art. 405, n° 15.

de la princesse Dorothée, sa fille. Or, ce prétexte était mensonger, ces bijoux devant servir à la princesse pour se procurer des fonds au moyen d'un engagement. Lors de la livraison, la princesse avait reçu le bijoutier, en présence de M. Keglovitch, qui lui avait été indiqué comme étant l'adjudant du Palais du prince Philippe de Saxe-Cobourg et qui passait d'ailleurs pour tel. A raison de cette assistance directe de l'adjudant du Palais et de cette mise en scène corroborant l'allégation mensongère de la princesse, le bijoutier avait poursuivi la princesse en police correctionnelle, où elle comparut le 4 février 1899, sous la prévention d'escroquerie. Le tribunal l'a relaxée des fins de la poursuite : « Attendu, dit-il, dans son jugement, que ce n'est pas, ainsi que le prétend H... (le « bijoutier), l'intervention de Keglovitch, mais bien la « qualité de la princesse, épouse du prince de Saxe-Cobourg-Gotha et fille du roi des Belges, qui a été la « cause déterminante de cette remise (1). »

Ainsi, pour qu'une intervention, provoquée par l'escroc puisse être considérée comme une manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie, il faut que cette intervention ait été la cause déterminante de la remise des fonds. Spécialement, le vendeur d'un fonds de commerce qui, pour tromper l'acquéreur sur la valeur réelle du fonds et l'amener à traiter à des conditions désastreuses pour celui-ci, provoque l'intervention d'un tiers, ne commet pas le délit d'escroquerie si cette intervention n'est pas la cause déterminante du contrat. Est-ce à dire que le ven-

(1) Nice, 4 février 1899. — Loi 9 mars 1899.

deur échappera à toute répression ? Il pourra, aux termes mêmes de l'article 405 C. pén. être retenu comme auteur d'une tentative d'escroquerie qui n'aura manqué son effet que par des circonstances indépendantes de sa volonté, et frappé des mêmes peines que l'escroc.

L'article 35 de la loi du 22 juillet 1791, qui punissait le délit d'escroquerie ne parlait pas de la tentative de ce délit. Du reste, c'est un trait commun aux lois pénales qui furent promulguées à cette époque que les tentatives de délits, et même les tentatives de crimes, autres que l'assassinat et l'empoisonnement, n'étaient passibles d'aucune peine. Ce fut la loi du 22 prairial an IV qui, la première, disposa, d'une manière générale, que la tentative de crime serait punie comme le crime même. La loi du 25 frimaire an VIII étendit cette disposition aux tentatives de vols simples, larcins et filouteries, mais elle ne parla pas des tentatives d'escroquerie.

« L'escroquerie, disait M. le président Barris, suivant
 « le témoignage de Merlin (1), est un délit dont le caractère est en quelque sorte, dans le vague, qui se compose
 « de faits souvent indéterminés et dont la moralité ne
 « s'apprécie jamais sans difficulté. C'est un délit de ruse,
 « de fourberie ; il est subtil et échappe à l'œil, et le plus
 « souvent, ce n'est que par la consommation qu'il peut
 « être déterminé. »

C'est dans le Code pénal de 1810 (art. 405) que la tentative d'escroquerie a été pour la première fois incrimi-

(1) DALLOZ. *Escroquerie*, n° 12.

née. Cependant, les termes de cet article semblaient impliquer la nécessité d'une remise effective de valeurs pour constituer la tentative punissable. Ce fut la loi du 18 avril et 13 mai 1863 qui modifia l'article 405 tel qu'il existe aujourd'hui. Il y a tentative d'escroquerie du moment où, par l'emploi des moyens frauduleux que la loi détermine, l'agent a fait tout ce qu'il était en son pouvoir de faire pour obtenir la remise, encore que cette remise n'ait point eu lieu. Ainsi, le vendeur d'un fonds de commerce qui aura employé des manœuvres frauduleuses pour amener l'acquéreur à lui verser un prix dont il ne fournira pas la contre-valeur, commettra le délit de tentative d'escroquerie, même au cas où ces manœuvres n'auraient pas été la cause déterminante de la remise du prix.

En général, et cela se conçoit, le vendeur d'un fonds qui veut vaincre les dernières hésitations de l'acquéreur, appelle à son secours une personne capable d'inspirer confiance. A Paris, ce sont ordinairement les intermédiaires pour les ventes de fonds, qui jouent ce vilain rôle. A tort ou à raison, ils jouissent auprès des commerçants de la plus grande considération. Ce qui est certain, c'est que si ces intermédiaires ne sont pas toujours très honnêtes, leur prudence et leur habileté ne sont jamais prises en défaut. Ils interviendront pour décider l'acquéreur à traiter à des conditions souvent désastreuses pour celui-ci, ce qui leur permettra de toucher une forte commission ; mais ils le feront avec la plus grande discrétion, en dehors de tout témoin et de vive voix. De telle sorte qu'il sera presque toujours impossible de prouver leur intervention. L'acquéreur agira donc sagement en exigeant d'eux une

confirmation écrite de leurs affirmations ou une déclaration par-devant témoins. Il aura ainsi la preuve du concert frauduleux établi entre le vendeur et le tiers intervenant.

Nous avons dit que l'intervention d'un tiers n'est pas toujours personnelle. Le fait d'appuyer, par lettres, les affirmations mensongères du vendeur, constitue une manœuvre frauduleuse au même titre que l'intervention personnelle.

Dans un arrêt du 10 décembre 1891, la Cour de Cassation a décidé que doit être considéré comme auteur d'une escroquerie l'individu qui, par lettre, a appuyé les allégations mensongères du vendeur d'un fonds de commerce, alors que, grâce à ce concours frauduleux, un tiers a été amené à acheter ce fonds (1).

La Cour suprême est même allée plus loin, en jugeant, dans un arrêt du 9 novembre 1901, que la manœuvre frauduleuse caractéristique de la tentative d'escroquerie se trouve établie par les énonciations de deux lettres devant persuader l'existence d'un tiers, alors que l'intervention de ce tiers, *fût-il imaginaire*, était de nature à donner force et crédit à des allégations mensongères et à déterminer la remise d'une somme d'argent (2).

Il s'agissait, dans l'espèce, d'un médecin qui, pour escroquer une somme d'argent à l'un de ses clients, qui était l'objet d'une plainte adressée au parquet, lui avait affirmé mensongèrement que lui seul était capable de le

(1) Cass., 10 déc. 1891. (SIREY, 1892-1-171.)

(2) Cass., 9 nov. 1901. (D. P., 1902-1-235.)

sauver, et lui avait adressé, en même temps, une lettre émanant d'un tiers imaginaire et confirmant ses affirmations. Sur le pourvoi formé par le médecin, reconnu coupable d'escroquerie, la Cour de Cassation a rendu l'arrêt suivant : « Attendu que l'arrêt attaqué constate qu'Eon-
« net a adressé à Le Role une lettre datée de Quiberon,
« paraissant être l'œuvre et portant la signature d'un
« tiers, dans laquelle il est dit qu'un seul homme pou-
« vait sauver Le Role dans cette occasion difficile, à
« savoir : son médecin d'Auray ; que ce médecin devait
« aller au plus tôt trouver le Procureur général à Rennes
« afin d'empêcher l'action du parquet de Lorient ; qu'il
« fallait aller chez ce médecin avec cette lettre et l'argent
« nécessaire au voyage et au paiement des frais de négo-
« ciations à Rennes, c'est-à-dire à peu près 120 francs ;
« Attendu que le même jour, ou à une date concomitante,
« Le Role recevait une autre lettre portant l'en-tête du
« cabinet du docteur Eonnet débutant ainsi : Si vous rece-
« vez une lettre, faites bien exactement ce qu'elle vous
« conseille, et dans laquelle se trouvent les mêmes con-
« seils et les mêmes recommandations ; attendu que les
« énonciations de la lettre datée à Quiberon, confirmée par
« la lettre concomitante adressée par Eonnet à Le Role,
« devaient persuader, à ce dernier, l'existence d'un tiers ;
« Que l'intervention de ce tiers, fût-il imaginaire, était
« de nature à donner force et crédit aux allégations men-
« songères d'Eonnet et à déterminer Le Role à la remise
« d'une somme d'argent ; Qu'ainsi la manœuvre fraudu-
« leuse caractéristique de la tentative d'escroquerie se
« trouve établie. Rejette. »

Ainsi, la jurisprudence assimile l'intervention réelle à l'intervention imaginaire.

Cette intervention peut aussi être tacite et même ne se produire qu'à l'insu du tiers intervenant. Dans ce dernier cas, extrêmement rare, il est vrai, celui-ci n'est qu'un jouet inconscient entre les mains du vendeur et ne peut, par suite, être considéré comme son complice.

Le moyen le plus sûr et le plus souvent employé par le vendeur, qui veut tromper son acquéreur sur la valeur de son fonds, consiste à attirer une nombreuse clientèle composée d'amis complaisants ou de simples comparses qu'il régale ou auxquels il vend à des prix dérisoires. En présence d'une telle mise en scène, le naïf acquéreur est obligé de se rendre à l'évidence ; il ne peut plus douter de la prospérité de la maison et il achète : le tour est joué. Ce procédé est surtout employé dans les ventes de cafés et de bars.

Aux termes d'une jurisprudence constante, le fait, par le vendeur d'un fonds de commerce, d'attirer dans ledit fonds des clients fictifs pour tromper son acheteur et majorer le produit du fonds, constitue une véritable mise en scène, au sens de l'article 405 du Code pénal.

La Cour de Bordeaux a jugé « qu'il y avait manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie, dans le fait du vendeur d'un fonds de commerce de restaurateur qui, pour persuader à l'acquéreur que le dit fonds était pourvu d'un achalandage supérieur à son achalandage réel et déterminer celui-ci à lui en donner un prix exagéré, avait attiré, dans ce but, dans son établissement, le

jour où la vente a été conclue, de nombreux consommateurs, avec lesquels il s'était entendu et qu'il avait conviés à venir consommer gratuitement chez lui, pour donner à l'acquéreur l'illusion d'une clientèle lucrative attachée au fonds à vendre. « Attendu, dit la Cour, que cette mise en « scène, concertée entre Thomas et Giraud, fut exécutée « sous les yeux des époux Ménard (acquéreurs), auxquels « elle devait persuader l'existence d'un établissement bien « achalandé et pourvu d'une nombreuse clientèle ; qu'on « ne saurait conserver aucun doute sur le caractère frauduleux de ces manœuvres et qu'il reste à examiner si « ces manœuvres ont déterminé les époux Ménard à devenir acquéreurs du débit (1). »

Le Tribunal correctionnel de la Seine a, par un jugement du 5 mars 1901, appliqué ce principe, en condamnant un boulanger qui, pour tromper son acquéreur, avait amené dans sa boulangerie des clients fictifs qui avaient pris du pain au delà de leurs besoins personnels, et qui, obligés d'en revendre une partie à perte, avaient été désintéressés par lui de cette parte. « Attendu, dit le tribunal, « que ces agissements étaient de nature à surprendre la « confiance de Duchez, à l'induire en erreur et qu'ils n'ont « été imaginés par Pierre que pour lui permettre de tout « cher, sans contestation possible et sans réduction, le « prix de vente de son fonds de commerce (2). »

La manœuvre relevée par le jugement précité a bien, comme dans le cas précédent, les caractères de la manœuvre

(1) Bordeaux, 26 mai 1893. (*Gaz. Pal.*, 93-1-706.)

(2) Trib. corr. Seine, 5 mars 1901. (*Gaz. Pal.*, 1901-1-589.)

vre frauduleuse, au sens de l'article 405, c'est-à-dire de la machination, de l'artifice, préparés avec plus ou moins d'adresse, mais accompagnés d'un fait matériel extérieur, d'une mise en scène destinée à appuyer les allégations mensongères du vendeur et à lui donner crédit.

« On peut affirmer, dit M. Garaud, que tout acte de
« nature à fortifier le mensonge, à le rendre, pour ainsi
« dire *visible* et *palpable*, est une manœuvre dans le sens
« de la loi (1). »

Parmi les clients fictifs, les uns, avons-nous dit, sont de bonne foi. Ils acceptent, par exemple, une invitation à boire qui leur est faite par le propriétaire du fonds à vendre, ignorant la véritable cause de cette générosité.

Ceux-là ne sauraient être inquiétés, leur intervention s'étant produite à leur insu. Mais ceux qui, au contraire, prêtent sciemment leur concours au vendeur, se rendent complices de l'escroquerie ou de la tentative d'escroquerie commise par celui-ci. Je crois même que le moyen le plus efficace de supprimer l'emploi de tels procédés serait de frapper impitoyablement les tiers complaisants. Jusqu'à ce jour, les tribunaux ont fait preuve, à leur égard, d'une trop grande indulgence. On s'explique difficilement, par exemple, pourquoi, dans l'espèce sus-visée, le parquet de la Seine n'a pas impliqué dans les poursuites les clients fictifs qui étaient intervenus, en connaissance de cause, pour permettre au boulanger de réaliser une vente frauduleuse.

(1) GARAUD. *Traité de Droit pénal français*, t. 5, n° 249.

En revanche, nous l'avons vu, les tribunaux attribuent le caractère de manœuvres frauduleuses à toute intervention d'un tiers, *de quelque façon qu'elle se manifeste*, destinée à donner force et crédit au mensonge. Nous verrons, en traitant de la publicité frauduleuse, qu'ils trouvent même cette intervention dans le fait, par un rédacteur de journal, de publier, sous forme d'article signé par lui, une réclame mensongère.

TITRE II

Publicité frauduleuse.

Nous savons que, sauf dans deux cas : lorsque l'escroc s'est attribué un faux nom ou une fausse qualité, le simple mensonge ne saurait constituer le délit d'escroquerie. Le mot « mensonge » doit être pris, ici, dans son sens le plus large. Si l'on s'en rapporte à sa définition grammaticale, il signifie « *tout propos contraire à la vérité, tenu dans le dessein de tromper*. Et, de fait, c'est le *mensonge oral*, c'est-à-dire les *propos mensongers* que l'on a en vue lorsqu'on parle de mensonge. Mais la doctrine et la jurisprudence ne s'en tiennent pas à cette définition et s'accordent pour assimiler le mensonge écrit aux simples propos mensongers.

Cette question offre un intérêt tout particulier en raison de l'essor considérable que la publicité a pris de nos jours.

Dans sa remarquable conférence sur la publicité frauduleuse, M. Rouast s'exprime ainsi : « Le phénomène économique de la réclame a pris, depuis une cinquantaine d'années, une importance considérable. Il s'est créé une véritable science de la réclame, qui a su mettre en œuvre les procédés les plus variés et les plus ingénieux pour parvenir à déterminer la volonté du consommateur dans la direction désirée. Les procédés ont été multipliés et surtout perfectionnés dans un sens artistique ou littéraire. L'extension croissante de la presse quotidienne, sa diffusion énorme, ont été des véhicules puissants utilisés pour répandre la publicité ; l'abaissement à cinq centimes du prix du journal lui a fait une nécessité de s'adjoindre la réclame pour vivre. Les colonnes des journaux ont donc été envahies par la publicité. quelquefois ouverte, souvent déguisée si habilement que le lecteur le plus avisé s'y laisse prendre. Elle se glisse partout, dans les faits divers, dans les articles de politique, en apparence les plus sérieux, dans les chroniques de littérature ou de science. Il existe toute une stratégie pour capter sûrement l'esprit défiant du lecteur : il est préparé de très loin par des articles tendancieux sous une apparence impartiale, où l'on se garde de vanter l'objet de la réclame, mais où l'on crée un préjugé en sa faveur. Parfois, le moyen employé par la réclame est moins savant, mais il est également propre à déterminer sûrement la volonté du consommateur. c'est l'obsession. La réclame ne se dissimule plus, elle s'étale au grand jour, mais elle vous suit pas à pas, elle s'impose à vous à chaque instant : le matin, votre journal

« en est rempli, vous le laissez sur votre table, et la
« réclame s'impose insidieusement à vos yeux ; sortez-
« vous, vous êtes assaillis par des distributeurs de pros-
« pectus qui vous les mettent dans la main, bon gré, mal
« gré ; prenez-vous le train et avez-vous la fantaisie de
« regarder le paysage : impossible, d'immenses placards
« vous les masquent pour y substituer la réclame ! Encore
« bien heureux si votre voisin n'est pas un commis-voya-
« geur qui vous vante le produit. Le soir, au théâtre, vous
« retrouvez la même réclame sur le rideau pendant les
« entr'actes... Bref, c'est un cauchemar, une idée fixe qui
« s'impose à vous, malgré vous, et qui devient une force
« agissant à votre insu, pour vous déterminer dans vos
« achats à choisir le produit vanté. » Et M. Rouast con-
clut : « Qu'elle emploie l'un ou l'autre procédé, ou même
« tous les deux successivement, le résultat obtenu est
« toujours le même, la réclame influe sur la volonté du
« consommateur, par l'espèce de contrainte morale qu'elle
« lui a imposée (1). »

M. Rouast a voulu peindre un caractère et il l'a fait de main de maître. Il a personnifié la réclame, qu'il nous montre, sous l'aspect d'un être insupportable, obsédant, s'attachant à sa proie, la poursuivant partout et ne la lâchant que lorsque, exténuée, à bout de forces, elle s'avoue vaincue. Mais si antipathique que puisse nous paraître le portrait que M. Rouast nous fait de la réclame, peut-on raisonnablement faire un crime à un commer-

(1) ROUAST. *Travaux de la Conférence de Droit pénal de la Faculté de Droit. — La Publicité frauduleuse et le Droit pénal.*

gant, surtout à notre époque, où la concurrence devient acharnée, de vanter, par tous les moyens possibles, la marchandise qu'il offre en vente, s'il laisse à l'acquéreur tous les moyens de vérifier ses affirmations ? Le public, du reste, attache-t-il à la réclame l'importance que semble vouloir lui donner M. Rouast ? N'est-on pas suffisamment prévenu contre elle pour ne l'accepter qu'avec la plus grande réserve et à titre de simple indication ? Nul n'ignore que, pour retenir l'attention du public sur sa marchandise, le commerçant est obligé d'en exagérer les qualités.

M. Rouast, du reste, reconnaît que la réclame n'a rien de mauvais en elle-même et qu'il serait injuste de méconnaître les services que rend quotidiennement la publicité. « Mais, ajoute-t-il, la réclame peut être trompeuse, et elle « parvient à faire accepter des mensonges grossiers à des « hommes raisonnables, que des tromperies de ce genre « n'eussent jamais pu séduire, sans l'emploi des procédés « perfectionnés de la réclame moderne. Voilà pourquoi. « dit-il, la réclame frauduleuse est un danger social « certain. »

Je suis, sur ce point, entièrement d'accord avec M. Rouast.

Si le mensonge, sous quelque forme qu'il se manifeste, reste un mensonge et ne peut, par lui-même, constituer un délit, il en est autrement lorsque, pour appuyer sa publicité mensongère, le commerçant emploie des manœuvres frauduleuses. Il s'agira cependant de rechercher si les procédés perfectionnés auxquels M. Rouast fait allusion

peuvent constituer des manœuvres au sens de l'article 405 du Code pénal.

En dehors de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par la loi du 1^{er} août 1893, sur les sociétés, lequel punit des peines de l'escroquerie la publication faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, pour obtenir des souscriptions ou des versements, il n'existe, dans le code, aucune disposition concernant la réclame mensongère. La jurisprudence a dû, à défaut de texte pour la réprimer, assimiler la réclame frauduleuse à une escroquerie.

Cette interprétation est-elle exacte, et est-il toujours vrai de dire que le commerçant qui emploie des manœuvres pour donner plus de force à sa réclame mensongère, commet le délit d'escroquerie ? Je ne le pense pas. Je disais, en traitant du dol, que ce qui constitue l'escroquerie, ce ne sont pas les moyens employés par l'escroc, mais le but qu'il s'est proposé d'atteindre et qui est toujours de s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, peut-on soutenir qu'un commerçant qui, tout en vendant sa marchandise à son véritable prix, emploie, pour attirer le plus de clients possible, une réclame frauduleuse, se rendra coupable du délit d'escroquerie ? Evidemment non. Son but est d'écouler le plus de marchandise possible et non pas de s'approprier la fortune d'autrui. Il ne peut y avoir là qu'un simple dol civil.

Pour qu'un commerçant qui emploie une réclame frauduleuse puisse être considéré comme un escroc, il faut que la marchandise qui fait l'objet de cette réclame n'existe pas ou n'ait aucune valeur appréciable. Dans le

cas contraire et si la réclame frauduleuse n'a pour but que d'attribuer à une marchandise réelle, certaines qualités qu'elle n'a pas, afin d'en faciliter la vente, elle ne saurait tomber sous le coup de l'article 405. Elle ne constituerait, je le répète, qu'un dol civil pouvant donner lieu, soit à une demande en nullité de la vente, si c'est cette réclame qui a déterminé l'acquéreur à traiter, soit à une action en réduction de prix ou plutôt en paiement de dommages-intérêts.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a estimé que l'article 405 du Code pénal pouvait fournir une arme suffisante pour réprimer la réclame frauduleuse. M. Rouast lui-même semble négliger le but que se propose le trompeur et se borne à rechercher si certains procédés qui, d'après la jurisprudence, constituent le délit d'escroquerie, peuvent vraiment être considérés comme des manœuvres frauduleuses.

Dans son désir d'atteindre la publicité mensongère, la jurisprudence a formulé le principe suivant : « Il y a manœuvre frauduleuse quand il se joint au mensonge un fait extérieur ou acte matériel, une mise en scène ou intervention de tiers, destinés à lui donner force et crédit. »

D'abord timide et un peu hésitante, la jurisprudence en est arrivée à incriminer presque tous les cas de réclame mensongère, en les faisant rentrer dans l'un des éléments de la formule précitée.

« L'intervention d'un tiers, écrit M. Rouast, est un des « procédés auxquels les escrocs ont le plus volontiers « recours pour donner crédit à leur mensonge. La con-
« fiance que n'aurait pas inspirée l'escroc lui-même,

« parce que son intérêt était trop visible, un tiers, en appa-
« rence désintéressé, la fera naître ; nul ne soupçonnera
« qu'il n'est qu'un homme de paille à la dévotion de l'es-
« croc. Il y a donc bien là, conclut-il, une manœuvre
« frauduleuse (1). » Nous nous sommes déjà longuement
étendu sur cette matière pour qu'il soit nécessaire d'y
revenir. Je dirai simplement que le principe exprimé par
M. Rouast est admis par la doctrine et par une jurispru-
dence constante.

Or, c'est en prenant prétexte de l'intervention d'un tiers
que les tribunaux sont parvenus à atteindre la publicité
frauduleuse. Ils estiment que, dans certains cas, la
réclame acquiert son crédit, lorsqu'elle laisse croire au
public qu'elle n'émane pas de celui qui en est l'auteur,
mais d'un tiers, en apparence désintéressé. Ainsi, il a été
jugé que le fait de dissimuler une réclame mensongère
dans un article de journal constitue une véritable escro-
querie (2).

M. le conseiller Poux-Franklin, dans un rapport qui a
précédé un arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 3 fé-
vrier 1885, s'exprimait en ces termes : « Relativement aux
« publications mensongères qui ont été relevées à sa
« charge, le demandeur prétend qu'elles se sont réduites
« à des assertions fausses, et qu'à défaut d'un acte exté-
« rieur destiné à les accréditer, elles n'avaient pas le
« caractère de manœuvres frauduleuses. Le principe sur
« lequel se fonde cette proposition est en lui-même indis-

(1) ROUAST. Précité.

(2) Cass., 16 août 1873. (*Bull. crim.*, 1873, n°233.) — 26 juin 1885.
(SIREY, 1885-1-521.)

« eutable... vous avez spécialement décidé que des allé-
« gations mensongères insérées dans les journaux ne suf-
« fisaient pas à constituer une manœuvre, au sens de
« l'article 405, mais cette jurisprudence ne paraît pas
« pouvoir être utilement invoquée par J..., qui a fait repro-
« duire les articles de son journal par une autre feuille
« qui, indépendante en apparence, les accréditaient en les
« confirmant. Or, concluait-il, l'intervention, même sup-
« posée, d'un tiers suffit à constituer une manœuvre frau-
« duleuse. »

L'arrêt fut rendu conformément à ces conclusions. La Cour a jugé, en effet, que le fait de faire publier par un journal autre que le journal connu pour être l'organe officiel d'une société, des assertions ou résultats mensongers, *dès lors que ce fait implique l'intervention d'un tiers*, suffit à constituer une manœuvre frauduleuse (1). Et Rubens de Coudere, commentant cet arrêt, écrit : « Faire
« publier dans un journal à soi, dans un but de lucre ou
« de spéculation, des faits faux, peut constituer le délit
« spécial de l'article 15 de la loi de 1867, mais n'a jamais
« suffi à caractériser la manœuvre frauduleuse dans le
« sens de l'article 405 du Code pénal. Pourquoi ? Parce
« que, répond Rubens de Coudere, le journal d'un ban-
« quier n'est, en quelque sorte, que le banquier lui-même,
« son porte-parole, sa voix à échos multiples ; l'un ne
« jouissant pas de plus de confiance que l'autre, le pre-

(1) Cass., 6 février 1885. (SIREY, 85-1-233, précité.) — Conformes : 10 mars 1882. (SIREY, 83-1-47.) — Cass., 29 juin 83. (Bull. crim., n° 166, p. 276.)

« mien, n'ayant d'autorité et de crédit que dans la mesure
« de l'autorité et du crédit du second. Aucune distinction
« sérieuse n'est, à notre avis, à établir entre les men-
« ges débités oralement, par des propos tenus, et les men-
« songes colportés par la publicité de la presse. Sans
« doute, ajoute-t-il, il existe encore une catégorie trop
« nombreuse d'individus qui, sceptiques en autres choses,
« conservent et pratiquent la foi des anciens âges, pour
« tout ce qui est imprimé, surtout s'ils le lisent imprimé
« dans le journal de leur choix. Ils sont imprudents ; les
« fautes se payent ; ils apprennent à leurs dépens, quel-
« quefois par des expériences cruelles. La loi n'est pas
« chargée de tout réparer, de couvrir perpétuellement de
« sa puissance tutélaire les individus majeurs, maîtres de
« leurs droits (1). »

Après avoir déclaré qu'à son avis, aucune distinction sérieuse n'est à établir entre le mensonge oral et le mensonge colporté par la voie de la presse, Rubens de Couderc continue : « La solution ne devrait pas se modifier
« sous l'influence de cette considération que la personne
« à laquelle le journal aurait été adressé, n'y était pas
« abonnée. Quand on ne connaît pas les gens, on doit se
« montrer d'autant plus réservé à leur égard, céder moins
« à leurs sollicitations. L'entraînement n'a plus d'excuses ;
« il n'est plus décidé, dominé par la confiance, mais
« aiguisé par la passion du jeu ou la soif du lucre. L'in-
« térêt pour les victimes diminue. »

M. Rubens de Couderc, d'accord avec la jurisprudence

(1) SIREY, 1885, p. 234, note 1.

de 1885, estime que l'imprimerie ne saurait constituer une manœuvre frauduleuse ; les mensonges imprimés n'en demeurent pas moins des mensonges. Ce que l'auteur incrimine, c'est l'intervention d'un tiers, et cette intervention n'apparaît pas dans sa première hypothèse. Mais Rubens de Coudere fait une deuxième hypothèse. « Le « banquier, écrit-il, ne se contente plus de parler chez lui, « dans la feuille qui est sa propriété exclusive ; il met « dans son jeu d'autres journaux ; il les fait intervenir « comme il le veut, dans la forme qu'il choisit lui-même, « avec le degré d'enthousiasme qui ne se mesure qu'au « sentiment qu'il a des convenances, et, comme l'un est « très faible, l'autre est nécessairement surchauffé. Les « journaux ne regardent pas de si près ; ils vont aussi loin « qu'on exige d'eux ; les extrémités de la louange sont bien « vite dépassées, lorsqu'elles ne coûtent aucun sacrifice « d'amour-propre, et qu'elles n'engagent pas les convic- « tions. Affaires de réclames ne tirent pas à conséquence ! « La moralité n'y est nullement intéressée ; la caisse seule « du journal y trouve des satisfactions, et l'argent qu'on « y verse perd, en y entrant, les souillures de son origine. « Quant au banquier, il paie sans discuter le tarif, certain « du résultat de ses sacrifices momentanés. Le public s'y « laisse toujours prendre en effet ; il est conduit aux « abîmes par une pente irrésistible. » Et l'auteur conclut : « Le journal indépendant de la maison de banque est, « vis-à-vis d'elle, *un tiers* ; il est son intermédiaire auprès « de ce dernier. Il y a donc là une intervention caracté-

(1) SIREY, 1885, p. 234, note 1.

« risée. Or, le type par excellence du fait extérieur réside
« dans l'intervention d'un tiers. »

De ce qu'il vient d'être dit il résulte que toute personne qui fait paraître, sous forme d'article, une réclame mensongère, dans un journal qui ne lui appartient pas, commet le délit d'escroquerie. La doctrine et la jurisprudence voient, dans cette réclame, l'intervention d'un tiers qui est un rédacteur ou le directeur du journal lui-même. C'est aller un peu loin, et je ne pense pas qu'il soit vrai de dire que le public se laisse toujours prendre à ce genre de réclame. Je crois, au contraire, que le lecteur n'attache pas plus d'importance à une réclame dissimulée dans un article qu'à celle qui est publiée à la quatrième page du journal, sous forme d'annonce. Or, aux termes d'une jurisprudence constante, une annonce mensongère ne constitue pas une manœuvre frauduleuse. La Cour de Cassation a jugé spécialement, dans un arrêt du 20 mars 1885, qu'une condamnation pour escroquerie était insuffisamment justifiée par l'arrêt qui constate seulement que les prévenus ont fait publier, dans divers journaux, des *avis* relatifs à des demandes d'emplois, qu'ils promettaient, mensongèrement, à ceux qui s'adressaient à eux, de leur procurer des appointements et obtenaient ainsi la remise de sommes d'argent. « Attendu, dit l'arrêt, que les pro-
« messes mensongères qu'a faites la femme G... étant iso-
« lées de tout acte matériel, de tout fait extérieur pou-
« vant donner crédit à son allégation, de telles promesses
« sont insuffisantes pour caractériser les manœuvres frau-
« duleuses prévues par l'article 450 du Code pénal (1). »

(1) Cass., 20 mars 1885. (*Bull. crim.*, 1885, n° 92.)

Je ne m'explique pas très bien cette distinction, et je ne vois pas la différence qui peut exister entre une réclame mensongère parue sous forme d'article et celle faite sous forme d'annonce. La réclame dissimulée dans un article, dit-on, est censée émaner d'un tiers, tandis que, suivant un mot célèbre, « la quatrième page du journal est un « mur sur lequel chacun place les réclames qu'il veut, « sans que la rédaction du journal s'en préoccupe. » Je le veux bien, mais il ne faut cependant pas perdre de vue que l'une des conditions essentielles pour que l'intervention d'un tiers puisse être considérée comme une manœuvre frauduleuse, c'est que le tiers intervenant soit une personne capable d'inspirer confiance. Le fait extérieur qui est susceptible d'induire le public en erreur est le crédit naturel qu'il accorde à un tiers, en apparence désintéressé. « L'intervention d'un tiers, écrit M. Garçon, ne peut cons- « tituer une manœuvre frauduleuse que si, par ses agis- « sements, ses actes et ses paroles, il confirme et rend « vraisemblables les allégations mensongères, en les « appuyant de son autorité personnelle. Les manœuvres « frauduleuses n'existent plus lorsque le tiers ne se pré- « sente que comme le simple porte-parole, le représentant « de l'auteur du mensonge, et comme répétant seulement « ce qu'il est chargé de dire au nom et pour le compte « de celui-ci (1). »

Or, malgré l'honorabilité du directeur et des rédacteurs d'un journal, malgré la considération dont ils peu-

(1) GARÇON. *Code pénal annoté*, Livre III, art. 405, n° 21. — Conforme : Cass., 14 mai 1897. (DALLOZ, 98-1-61.)

vent être entourés, ils apparaissent bien comme les simples porte-parole de l'auteur du mensonge, et l'on ne saurait prendre au sérieux les réclames de toutes sortes insérées dans leur journal. Nul n'ignore que ce genre de réclame se paie comme les autres, et il n'est pas un seul lecteur qui s'y laisserait prendre. Rubens de Coudere ne reconnaît-il pas lui-même « qu'affaires de réclames ne tirent pas à conséquence ; que la moralité n'y est nullement intéressée, et que la caisse seule du journal y trouve des satisfactions » ? N'est-il pas vrai, alors, de dire avec Rouast : « Le lecteur du journal se laisse peut-être prendre au titre, mais il n'a pas lu la moitié de l'article qu'il est fixé : il s'agit d'une réclame, et sa place en seconde page et sous la forme d'un article n'a pas pour effet de « lui donner plus de crédit (1). » Celui qui se laisse tromper par une telle réclame ne doit s'en prendre qu'à lui-même et supporter les conséquences de sa trop grande naïveté.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence en décidait autrement. Elle devait même s'engager plus avant dans la voie de la répression. C'est ainsi que, jugeant l'intervention d'un tiers insuffisante pour servir de prétexte à la répression de la publicité frauduleuse, elle en est arrivée à considérer comme un fait extérieur, pouvant donner force et crédit au mensonge, les formes diverses adoptées pour la publicité, ainsi que les caractères typographiques employés et les dispositions de mise en scène. Déjà dans un arrêt du 26 juin 1885 (1), la Cour de Cassation décidait que si des

(1) SIREY, 1885-1-521.

allégations mensongères ne suffisaient pas à constituer des manœuvres frauduleuses au sens de l'article 403 du Code pénal, il en était autrement lorsque, à ces allégations venaient se joindre des actes ou faits extérieurs de nature à leur donner force et crédit; que l'on pouvait considérer comme actes extérieurs: 1° les formes diverses (brochures, journaux, prospectus, bulletins de souscriptions) adoptées pour la publicité; 2° les caractères typographiques, de dimension particulière, employés avec art; les dispositions de mise en page, alors que les brochures, journaux, prospectus, bulletins de souscriptions, étaient adressés gratuitement au public, périodiquement, avec une insistance sans cesse renouvelée, et qu'ils constituaient des provocations constantes contre lesquelles il est impossible de se garer.

Et Rubens de Coudere, commentant ledit arrêt, s'exprime en ces termes : « Nous avons étudié, déterminé, à « notre sens du moins, les caractères juridiques du « recours, aujourd'hui devenu indispensable à des mai- « sons de banque ou à des manieurs d'argent, pour le « développement et le succès de leurs entreprises com- « merciales, à la publicité des journaux indépendants, « jouissant d'une autorité et d'un crédit propres, sans « attache aucune avec ceux dont ils servent un moment « les intérêts. Ces immixtions étrangères, quand les faits « et résultats qu'il s'agit d'accréditer sont faux ou men- « songers, nous ont paru réaliser le caractère de manœu- « vres frauduleuses par excellence, *parce qu'elles impli- « quent l'intervention d'un tiers*. Cette théorie s'étend, « elle se complète dans notre pensée des développements

« qui vont suivre. Quand la jurisprudence vient pro-
« clamer et que les jurisconsultes répètent après elle que,
« pour qu'il y ait manœuvre dans le sens de l'article 405
« du Code pénal, il faut que la manœuvre se traduise par
« un acte, un fait extérieur, qu'est-ce à dire ? Un acte,
« un fait, c'est quelque chose qui a, sinon un corps, tout
« au moins une certaine manière d'être. L'œil le voit ou
« la raison le perçoit; il se montre ou se démontre. Des
« allégations, des propos tenus en l'air, des exagérations
« de langage qui sont dans le tempérament des individus
« ou dans le caractère de la race, ne sont ni des actes ni
« des faits, parce qu'ils ne présentent ni consistance, ni
« solidité; ils n'impliquent chez leurs auteurs aucun sen-
« timent, aucun dessein bien arrêté d'exploiter la crédulité
« d'autrui; elle fuit toute précision. La loi pénale n'inter-
« vient et ne frappe que dans des situations nettes, et, en
« pareil cas, les victimes ne sont pas non plus sans repro-
« ches; elles sont dupes bien plus de leur naïveté propre,
« de l'excès de leur confiance, d'un enthousiasme trop
« facile à s'exalter, que des moyens mis en œuvre, des
« embûches et des artifices adverses. »

Mais, ajoute l'auteur, « quand on se trouve en pré-
« sence d'un système réfléchi, développé avec art, soutenu
« dans ses ramifications étendues, on n'est plus dans le
« domaine des propos en l'air, sans consistance, sans cohé-
« sion, et c'est à quoi doivent se réduire les simples
« mensonges. »

Après avoir déclaré que la réclame mensongère faite
dans un journal indépendant réalise le caractère d'une

manœuvre frauduleuse, parce qu'elle implique l'intervention d'un tiers, Rubens de Coudere continue : « Comme il
« y a manière et manière de dire les choses, il y a égale-
« ment un art de les imprimer. La typographie se plie,
« ainsi qu'on le veut, aux nécessités de la réclame, on se
« fera un jeu des ressources qu'elle procure, on multi-
« pliera les combinaisons de caractères de genres, de types
« différents, de grosseur ou d'ampleur proportionnée à
« l'importance de la phrase, du mot ou du chiffre à effet.
« Il faut que ce qui doit être lu, retenu, sorte du papier et
« s'enfonce dans l'esprit comme des clous. La mise en
« page viendra encore fortifier et accroître la puissance
« des caractères. Quelques lignes sur un feuillet complè-
« tement blanc acquièrent un relief qui commande forcée-
« ment un temps d'arrêt; on ne passe pas outre facile-
« ment; *on ne réfléchit plus, on ne résiste plus, l'acte*
« *précède la volonté.* La machine de guerre a produit son
« effet, le trait est fixé. Et, dans toutes ces dispositions,
« dans tous ces arrangements, dans cette mise en scène
« qui exige des talents divers, le recours à des interven-
« tions étrangères, à des écrivains, à des artistes, à des
« ouvriers passés maîtres dans leur spécialité, on ne
« verrait que des démonstrations sans caractère, tout au
« plus blâmables au point de vue d'une morale chatouil-
« leuse ! Mais que faut-il donc accomplir, jusqu'où doit
« se porter l'audace dans le méfait, dans l'exploitation de
« ses semblables, pour qu'il y ait, juridiquement parlant,
« *acte, fait extérieur ? (1) »*

(1) SIREY, 1885-1-521, note 1.

Je reconnais très volontiers avec Rubens de Coudere que les caractères typographiques de dimension particulière, employés avec art, ainsi que les dispositions de mise en page, sont de nature à attirer et même à retenir, quelques instants l'attention du lecteur. Mais, doivent-ils être considérés pour cela comme des manœuvres frauduleuses au sens de l'article 405 du Code pénal ? Pour qu'il y ait escroquerie, il faut que les manœuvres aient eu pour but de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. Elles consistent dans une mise en scène, dans des faits extérieurs *destinés à donner force et crédit aux allégations mensongères de l'escroc*. Or, quel est le crédit ou la force que des caractères typographiques, même employés avec art, ou les dispositions de mise en page, peuvent donner à une réclame mensongère ? Ces artifices exciteront peut-être la curiosité du lecteur, mais ne lui inspireront sûrement pas une plus grande confiance.

Peut-on, d'autre part, considérer les conférences publiques, les brochures, les prospectus et les circulaires comme des manœuvres frauduleuses ? La Cour de Cassation a répondu affirmativement, et le Tribunal correctionnel de la Seine a rendu, conformément à cette jurisprudence, le jugement suivant (1) : « Attendu en droit, « que, si les allégations mensongères ne suffisent pas « pour constituer des manœuvres frauduleuses, au sens « de l'article 405 du Code pénal, il en est autrement lors-

(1) Trib. Seine, 9^e Ch., 14 fév. 1898. (*Droit*, 28 mars 1898.)

« que, à ces allégations viennent se joindre des actes ou
« faits extérieurs, de nature à leur donner crédit. Qu'au
« nombre de ces actes ou faits extérieurs doivent évidem-
« ment être rangés les conférences publiques, les bro-
« chures, prospectus, circulaires, adressés gratuitement
« au public et constituant des provocations constantes
« contre lesquelles il est impossible de se garer. Que la
« combinaison de ces divers moyens de propagande, des-
« tinés à se corroborer et à se prêter un mutuel appui,
« leur mise en mouvement avec une destination arrêtée
« à l'avance, est une démonstration presque palpable de
« la fraude. Que des assertions établies sur des chiffres,
« des bénéfices plus qu'aléatoires, présentés comme réa-
« lisés, des rapprochements habilement combinés entre les
« valeurs de tout repos et celles que l'on offre au public,
« mises sur la même ligne au point de vue de la sécurité,
« en faisant valoir la différence considérable des revenus,
« donnent aux allégations mensongères une réalité et un
« corps, et doivent être considérées comme de véritables
« manœuvres frauduleuses destinées à faire naître l'espé-
« rance d'un succès chimérique. »

Ce que je disais pour les articles de journaux, je le dirai à plus forte raison pour les brochures, les prospectus et les circulaires. Ils ne sont jamais pris au sérieux et c'est à peine si l'on y jette les yeux, avant de les mettre au panier. Il est donc téméraire de soutenir qu'ils constituent « *des provocations constantes contre lesquelles il est impossible de se garer.* » Ce ne sont là que de simples mensonges réitérés qui ne sauraient constituer des manœuvres frauduleuses.

A mon avis, la jurisprudence, dans son désir de réprimer la publicité frauduleuse, est allée beaucoup trop loin.

Aujourd'hui, la publicité constitue, à elle seule, le fait extérieur propre à donner crédit au mensonge qu'elle renferme. La jurisprudence actuelle estime que, *par l'emploi de l'imprimerie*, le trompeur est parvenu à rendre son mensonge plus difficile à distinguer de la vérité. C'est donc l'imprimerie qui est considérée comme le fait extérieur propre à donner crédit au mensonge. La Cour de Cassation a en effet jugé que les annonces insérées dans les journaux en vue de faire croire à une entreprise imaginaire, ne constituent pas, alors qu'elles ont été suivies de négociations entre diverses personnes et l'auteur de l'annonce, qui a exigé d'elles, pour l'agrément de leurs offres, la remise d'une certaine somme en vue d'une enquête préalable, *de simples mensonges par écrit*, mais l'organisation, par le prévenu, *d'une véritable mise en scène*, résultant de la publicité donnée, *par la voie de la presse*, à ces mensonges, dans des conditions de nature à leur donner force et crédit (1). Il s'agissait, en l'espèce, d'une annonce ainsi conçue : « 70.000 francs versés par famille « riche à famille honorable aisée pour élever enfant « caché; écrire à J. de G..., poste restante, Bordeaux. » Les naïfs qui se laissaient prendre étaient immédiatement informés qu'il y avait des frais importants à couvrir et que le versement immédiat d'une certaine somme était nécessaire.

(1) Cass., 7 fév. 1908. (SIREY, 1908-1-208.)

La Cour de Cassation a vu une manœuvre frauduleuse dans la *publicité donnée à cette annonce mensongère par la voie de la presse*. « Attendu, dit la Cour, que « de semblables annonces, suivies des négociations qui en « étaient la conséquence, ne constituent pas de simples « mensonges par écrit, mais l'organisation d'une véritable « mise en scène résultant de la publicité qui lui est donnée « par la voie de la presse, dans des conditions de nature « à leur attribuer force et crédit; qu'elles présentent ainsi « le caractère de manœuvres frauduleuses, ayant pour « objet de persuader l'existence de fausses entreprises. »

Les mêmes attendus ont été reproduits dans un arrêt de la Cour de Cassation du 7 mai 1910 (1).

Que de chemin parcouru depuis 1885 ! Aujourd'hui, toute réclame faite par la voie de la presse, qu'elle se manifeste sous la forme d'un article, d'une annonce ou autrement, semble devoir être incriminée, lorsqu'elle est mensongère. C'est vraiment aller trop loin. On conçoit difficilement que l'on puisse, surtout de nos jours, donner une si grande importance à l'imprimerie. Quant à moi, je persiste à croire qu'une réclame mensongère, qu'elle soit autographe ou imprimée, ne saurait, pas plus que le simple mensonge verbal, constituer le délit d'escroquerie.

La jurisprudence, du reste, manque de précision et l'on se demande encore ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

« Le grand progrès du droit moderne sur l'ancien

(1) *Bulletin criminel*, 1910, n° 248.

« droit, écrit M. Rouast, est d'échapper à l'arbitraire,
« sinon dans la fixation de la peine, au moins dans la
« détermination des cas où le juge a le droit de punir.
« Quand le législateur n'a pas pu le faire avec assez
« de précision, par suite de la complexité de la réalité,
« c'est à la jurisprudence qu'il incombe de préciser minu-
« tieusement ce qui tombe sous le coup de la loi. Mais il
« faut qu'elle le dise en des formules nettes qui ne lais-
« sent place à aucun arbitraire. Il n'est pas admissible
« qu'elle se contente de poser des principes vagues et
« imprécis, qu'elle interprète, à leur tour, comme s'ils
« étaient la loi, et qu'elle parvienne, ainsi, en les étirant
« dans tous les sens, à atteindre tous les cas où elle croit
« devoir punir (1). »

C'est cependant ce qu'a fait la jurisprudence dans son grand désir d'atteindre la publicité frauduleuse. Elle s'est trouvée dans la nécessité d'user de procédés d'interprétation qui ne sont pas admissibles en droit pénal, où tout est d'interprétation stricte et où la méthode extensive doit être rigoureusement proscrite. Ce n'est que par d'habiles détours que la jurisprudence est arrivée à établir une distinction entre le simple mensonge et le mensonge imprimé.

Commentant l'arrêt du 7 février 1908 précité, l'arrétiste écrit : « il est à noter, toutefois, que, dans l'arrêt
« actuel, la Cour de Cassation attache, d'une manière un
« peu plus nette que dans ses précédents arrêts, le carac-
« tère de manœuvres frauduleuses aux annonces qui sont

(1) ROUAST. (Voir supra.)

« insérées dans les journaux. En soi, cependant, des
« annonces, si, du moins, elles se présentent sous la
« forme d'annonces et non pas sous celle d'articles de
« journaux, émanés ou supposés émaner de la rédaction.
« ne sont que de simples mensonges écrits, insuffisants
« à constituer les manœuvres caractéristiques du délit
« d'escroquerie, lorsqu'il ne s'y joint aucune mise en
« scène, aucun fait extérieur de nature à tromper la cré-
« dibilité du tiers. Peut-être même ajoute l'arrêliste, est-il
« excessif de considérer comme faits de cette nature les
« négociations qui ont suivi de semblables annonces et
« qui n'en étaient que la conséquence et la répétition (1). »
L'arrêliste, on le voit, ne partage pas l'avis de la Cour
de Cassation, en ce qui concerne les simples annonces
mensongères, qui, d'après lui, ne sont que des mensonges
écrits ne pouvant, par suite, constituer une manœuvre
frauduleuse. Mais il est d'accord avec elle pour attribuer
un caractère frauduleux à la réclame dissimulée sous la
forme d'un article de journal.

Il reproduit, en somme, le principe admis par la juris-
prudence de 1885, laquelle ne donnait pas à la publicité
l'importance que semble vouloir lui accorder, aujourd'hui,
la Cour de Cassation.

Sans doute, la réclame mensongère, aussi bien du
reste que le simple mensonge, revêt un caractère délie-
tueux, lorsqu'elle est appuyée par des faits extérieurs ou
par une mise en scène destinés à lui donner plus de force
et plus de crédit. Mais peut-on soutenir que la publicité

(1) Cass., 7 fév. 1908. (SIREY, 1908-1-208, note .

constitue, à elle seule, un fait extérieur capable de donner crédit au mensonge qu'elle renferme ? Une mise en scène doit consister dans une série de machinations toutes concordantes. La Cour de Cassation a trouvé cette mise en scène dans le fait, par un vendeur de fonds de commerce, d'avoir publié une annonce mensongère sur la valeur de son fonds, et d'avoir présenté ensuite, à son acheteur, des calculs inexacts, sur feuille volante, pour faire croire à des bénéfices inexistants (1). Or, on ne relève, dans l'espèce, que deux mensonges, portant sur le même objet et consistant en deux faits peu différents l'un de l'autre. La simple tromperie dans une réclame, puis dans une feuille écrite, ne constitue pas deux mensonges distincts, se renforçant l'un l'autre, mais bien plutôt le même mensonge réitéré sous une forme légèrement différente.

Aux termes d'une jurisprudence constante, la réitération est sans influence sur l'incrimination du mensonge et ne peut suffire à le transformer en une manœuvre.

La Cour de Cassation a consacré, dans plusieurs arrêts, le principe, d'après lequel de simples mensonges, même réitérés et produits par écrit, ne peuvent constituer les manœuvres caractéristiques de l'escroquerie, s'il ne s'y joint aucun fait extérieur ou acte matériel, aucune mise en scène ou intervention d'un tiers, destinés à donner force et crédit aux allégations mensongères (2). Et, dans un

(1) Cass., 14 fév. 1908. (SIREY, 1909-1-152.)

(2) Cass., 5 mai 1905. (*Bull. crim.*, 1905, n° 217.) — Cass., 14 mai 1897. (SIREY, 98-1-152.) — Cass., 8 fév. 1900. (SIREY, 1902-1-248.)

arrêt du 6 juillet 1893, elle a jugé que le mensonge écrit n'est qu'un mensonge réitéré à l'état permanent (1).

Je ne comprends dès lors pas que ce soit, au mépris de ce principe consacré par elle, que la Cour de Cassation essaye d'atteindre la publicité frauduleuse. A mon sens, il serait aussi abusif de rechercher l'intervention d'un tiers dans une réclame parue sous la forme d'un article de journal, que de vouloir considérer toute réclame faite par la voie de la presse, comme un fait extérieur pouvant donner crédit au mensonge.

Mon opinion se trouve tout à fait modifiée, si l'on envisage simplement le côté moral de la question. Il faut reconnaître, en effet, que la publicité frauduleuse constitue un véritable danger social, et nous comprenons que les tribunaux veuillent protéger le public contre ce danger. Mais une limite s'impose. Il faut que l'on puisse distinguer la réclame qui est permise, de celle qui ne l'est pas. La publicité, il ne faut pas se le dissimuler, est devenue, aujourd'hui, un puissant facteur du commerce. En ce temps de concurrence acharnée, la publicité, non seulement s'explique, mais elle est nécessaire, elle est indispensable pour attirer l'attention du public sur la marchandise que l'on offre en vente. Mais peut-elle être permise lorsqu'elle tend à commettre une escroquerie ? Et faut-il que, dans l'intérêt du commerce, nous restions indifférents en présence d'un mal qui s'aggrave chaque jour ? N'y a-t-il pas un remède à apporter ? M. Rouast estime qu'une loi répressive s'impose. Je crois que l'intervention du législateur est inutile et que nous pouvons

(1) Cass., 6 juillet 1893, (*Bull. crim.*, 1893, n° 184).

trouver, dans l'article 405 du Code pénal, une arme suffisante contre les dangers de la réclame frauduleuse.

M. Rouast indique une formule, où il résume les grandes lignes qui, d'après lui, paraissent devoir guider le législateur. Il a soin, néanmoins, de faire toutes réserves sur sa valeur au point de vue législatif. « Les peines de « l'article 405 du Code pénal, écrit-il, seront applicables « à quiconque aura obtenu ou tenté d'obtenir la remise « de fonds ou de tout autre objet, en faisant usage d'*annonces, prospectus ou réclames imprimées*, pour faire « naître l'espérance ou la crainte d'un événement ou d'une « circonstance inexistantes, ou pour tromper sur les qualités substantielles d'une chose (1). »

Ainsi, après avoir soutenu que le mensonge imprimé reste un simple mensonge, après avoir reproché, à la jurisprudence, d'avoir étendu sa propre interprétation de l'article 405, au delà de toutes limites, M. Rouast en arrive à considérer l'imprimerie comme une véritable manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie. Sa formule n'est, en effet, que la reproduction de l'article 405, avec cette seule différence que les mots : « *manœuvres frauduleuses* » sont remplacés par les mots : « *annonces, prospectus ou réclames imprimées* ». M. Rouast me semble commettre une erreur.

Je ne reviendrai pas sur ce que j'ai déjà dit concernant ce genre de réclame. Les annonces, prospectus ou circulaires ne sauraient être considérés comme des faits extérieurs capables de donner force et crédit à des allé-

(1) ROUAST. *La Publicité frauduleuse et le Droit pénal*, p. 25. Précité.

gations mensongères. Ils ne constituent que des mensonges écrits. Or, que le mensonge soit verbal ou écrit, qu'il soit olographe ou imprimé, il n'en demeure pas moins un mensonge. La publicité mensongère ne peut donc être considérée comme une manœuvre frauduleuse. Le public n'attache pas plus d'importance à une réclame imprimée qu'à une réclame olographe. Et, comme l'écrivait M. Rouast lui-même, « le lecteur se laisse peut-être « prendre au titre, mais il n'a pas lu la moitié de l'article « qu'il est fixé ». En résumé, j'estime qu'une réclame mensongère dissimulée dans un article de journal quelconque, ne peut laisser supposer l'intervention d'un tiers, au sens de l'article 405 du Code pénal, pas plus que l'on ne doit considérer l'imprimerie, et spécialement les brochures, prospectus et circulaires, comme des faits extérieurs pouvant donner force et crédit aux allégations mensongères de l'auteur de la réclame.

La réclame mensongère ne devrait être réprimée que si elle est accompagnée de faits extérieurs indépendants de toute publicité, et de nature à lui donner force et crédit. Celui qui se laisse prendre à une publicité mensongère, alors qu'il a tous les moyens de contrôler les affirmations de son auteur, commet une négligence dont il est juste qu'il supporte les conséquences. On ne doit donc pas considérer comme un escroc et le frapper des peines édictées par l'article 405 du Code pénal, celui qui, grâce uniquement à une réclame mensongère, est parvenu à vendre, à un prix très élevé, un fonds de commerce n'ayant aucune valeur. La manœuvre frauduleuse, élément essentiel du délit d'escroquerie, fait ici défaut.

TITRE III

Falsification et altération des livres de commerce.

Il n'est pas douteux qu'il y a usage de manœuvres frauduleuses, de la part du propriétaire d'un fonds de commerce, qui, pour justifier, aux yeux du futur acquéreur, avec lequel il est en marché, la valeur exagérée qu'il attribue à son fonds, a falsifié la comptabilité de son établissement, en majorant la recette sur ses livres, de manière à faire ressortir des bénéfices imaginaires, dont la perspective a déterminé ce dernier à traiter. En corroborant ses allégations mensongères par la production d'une fausse comptabilité, qui vaincra les dernières hésitations de l'acquéreur, le vendeur commet bien le délit d'escroquerie. La jurisprudence est unanime à admettre ce principe.

« Considérant, dit la Cour de Paris dans un arrêt du
« 20 février 1890 (1), qu'en 1889, Barbier et Boquillon,
« étudiants en droit, cherchant à se procurer des fonds,
« s'adressaient à un sieur Jacquemin, agent d'affaires;
« que celui-ci refusa de leur consentir un prêt, mais leur
« proposa d'acheter un établissement exploité par Dauche
« sous le nom de Brasserie du Bas-Rhin, et, pour les

(1) Paris, 20 fév. 1890. (SIREY, 1892-2-222.) — Conforme : Cass., 27 août 1863. (SIREY, 1892-2-222, note 1.)

« déterminer, leur donna à entendre qu'une fois proprié-
« taires de cette brasserie, ils trouveraient facilement à
« emprunter une somme de vingt mille francs; Que Bar-
« bier et Boquillon acceptèrent cette proposition; Consi-
« dérant que Dauche, par l'intermédiaire de Jacquemin,
« leur demanda le prix de 90.000 francs, qu'il réduisit
« ensuite à 83.000 francs, et qu'à l'appui de cette demande
« et avant la signature de l'acte, il leur présenta sa comp-
« tabilité; Que Dauche reconnaît, en effet, leur avoir com-
« munié ses livres; Considérant qu'il est judiciairement
« établi que cette comptabilité était falsifiée et qu'en vue
« d'une vente future, de son établissement, Dauche l'avait
« fait refaire par sa caissière, depuis le mois de juin
« 1886; qu'à partir de cette époque, ses recettes journa-
« lières étaient majorées d'environ 40 francs par jour;
« que les dépenses étaient majorées aussi, mais dans une
« proportion moindre, pour faire croire à la prospérité de
« la maison; que c'est au vu de la comptabilité ainsi falsi-
« fiée que Barbier et Boquillon se sont déterminés à payer
« le prix de 83.000 francs demandé par le vendeur; que
« s'il est vrai que Barbier et Boquillon étaient depuis plu-
« sieurs années pensionnaires de Dauche, ils étaient com-
« plètement étrangers à la marche de sa maison et igno-
« raient ses bénéfices; qu'ils ont pu seulement, par suite
« de cette circonstance, attacher foi plus facilement aux
« affirmations mensongères de Dauche, appuyées par une
« comptabilité qu'ils croyaient régulière; que ces manœu-
« vres ont été de nature à leur persuader l'existence d'un
« événement chimérique; que Dauche a ainsi escroqué
« partie de la fortune d'autrui; Par ces motifs, confirme... »

Ce principe avait déjà été consacré par la Cour de Cassation dans un arrêt du 27 août 1863 (1).

Il y a lieu, cependant, de faire remarquer que le fait en lui-même de falsifier ou d'altérer ses livres de commerce peut, dans certains cas, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, constituer, à la charge du vendeur, un faux en écritures de commerce, mais ne saurait être considéré comme une manœuvre frauduleuse. Pour qu'il y ait manœuvre, au sens de l'article 405 du Code pénal, il faut que ces livres, ainsi falsifiés ou altérés, aient été mis à la disposition de l'acquéreur, que celui-ci en ait pris connaissance et qu'ils aient été la cause déterminante du contrat. La jurisprudence est formelle : Pour qu'il y ait escroquerie, il faut que la manœuvre ait été la cause déterminante de la remise de fonds. Si donc il est établi que la cause qui a décidé l'acquéreur à traiter est toute autre que la majoration fictive des bénéfices, il n'y aura pas *escroquerie*.

Il est vrai que, dans ce cas, le vendeur aura commis une tentative d'escroquerie, qui n'aura manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, et punissable, à ce titre, aux termes de la loi du 13 mai 1863, modificative de l'article 405 du Code pénal, des mêmes peines que le délit accompli.

En fait, il sera presque toujours impossible au vendeur, de prouver que la production de ses livres falsifiés n'a exercé aucune influence sur la volonté de son acquéreur.

(1) Cass., 27 août 1863. (SIREY, 1892-2-222, note 1.)

On peut donc dire que la remise, à l'acquéreur, d'une comptabilité falsifiée suffit à constituer, à la charge du vendeur, le délit d'escroquerie.

Aux termes d'une jurisprudence constante, le vendeur d'un fonds de commerce qui, pour tromper son acquéreur sur la valeur de son fonds, produit une fausse comptabilité sur des *feuilles volantes* ou dans un registre domestique, ne fait qu'un mensonge écrit. Il y a donc lieu de se demander quels sont les livres dont la falsification peut constituer une manœuvre frauduleuse au sens de l'article 405 du Code pénal. Ce sont d'abord les livres obligatoires : le livre journal, le livre copie de lettres, et le livre des inventaires. Ces livres, qui doivent être cotés, paraphés, visés, soit par un juge du Tribunal de Commerce, soit par le maire ou un adjoint, et qui, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce, inspirent naturellement la plus grande confiance.

Mais il en est d'autres qui, quoique n'étant que facultatifs, jouissent de la même faveur. Ce sont : le grand-livre, le livre de caisse, le livre des traites et billets, le livre d'échéances, le livre d'entrée et de sortie, le livre des frais généraux, et enfin, le compte des profits et pertes. Ces livres, comme les livres obligatoires, contiennent des écritures destinées à constater des opérations commerciales.

La doctrine est d'accord avec la jurisprudence pour reconnaître que le caractère d'écriture de commerce appartient, non seulement à ceux des livres dont la tenue

est impérieusement prescrite par la loi, mais aussi aux livres auxiliaires usités dans le commerce.

« Le Code de Commerce, écrit M. Garçon, indique certains livres que les commerçants doivent tenir dans une forme déterminée. En pratique, ces formes sont rarement observées et on fait usage, en outre, de livres qui sont simplement facultatifs. Les énonciations portées sur ces différents registres sont susceptibles de faire, tantôt une preuve complète, tantôt une preuve partielle, mais, en tout cas, peuvent toujours valoir comme simples présomptions (1). »

Dans son traité de droit pénal français (2), Garraud s'exprime ainsi : « En résumé, le commerçant tire pour lui, de ses livres, une preuve, tantôt complète, tantôt partielle. Cette preuve, ses livres, même facultatifs, la lui donnent. Il la lui donnent non plus comme preuve légale, mais comme présomption de fait, ce qui revient au même. »

Ainsi, les altérations de la vérité ne constitueront une manœuvre frauduleuse, au sens de l'article 405 du Code pénal, que lorsqu'elles auront été commises dans des livres de commerce, obligatoires ou facultatifs.

C'est ainsi que, dans un jugement du 13 mai 1909, le Tribunal correctionnel de la Seine a décidé que ne constituait pas une manœuvre frauduleuse, caractéristique du délit d'escroquerie, le fait, par le vendeur d'un fonds de

(1) GARÇON. *Code pénal annoté*, art. 147, n° 679.

(2) GARRAUD. T. 3, n° 1040, p. 557.

commerce, de faire apparaître, dans l'exploitation de ce fonds, des bénéfices supérieurs à la réalité, lorsque l'acquéreur a été mis à même, par la communication de tous livres et documents utiles, de se rendre compte de la situation exacte, et qu'il a eu en mains tous les moyens de contrôler les affirmations du vendeur (1). Dans l'espèce, l'inventaire falsifié, sur la production duquel l'acquéreur s'était décidé à traiter, consistait dans de *simples états* de situation relevés sur des *feuilles volantes*.

(1) Tr. Corr. Seine, 12 mai 1909. (*Gaz. Trib.*, 19 mai 1909.) —
Conforme : Tr. Corr. Seine, 7 mai 1903. (*La loi*, 20 mai 1903.)

CHAPITRE VI

FAUX EN ÉCRITURE DE COMMERCE

On s'est quelquefois demandé si, en falsifiant ses livres pour tromper son acquéreur sur la valeur de son fonds et en obtenir un prix plus élevé, le vendeur ne commet pas un faux au sens de l'article 147 du Code pénal.

Il semblerait, à première vue, que l'on doive répondre par l'affirmative. En effet, aux termes de la jurisprudence, les éléments constitutifs du crime de faux en écriture de commerce ou de banque sont : l'altération ou la suppression de la vérité; l'intention de la déguiser; enfin, l'existence d'un préjudice réel ou possible.

Or, il est incontestable que le vendeur d'un fonds de commerce qui falsifie sa comptabilité ou tout autre livre obligatoire ou facultatif, altère ou supprime la vérité. Il est non moins certain que son intention est bien de déguiser la vérité pour tromper l'acquéreur sur la valeur de son fonds.

Enfin, les fausses mentions qu'il inscrit frauduleusement sur ses livres sont bien de nature à porter préjudice à l'acquéreur en l'induisant en erreur sur la véritable situation active et passive du fonds vendu.

La Cour de Cassation a du reste jugé, dans un arrêt du 25 août 1853, qu'un commerçant qui, dans l'inventaire de ses marchandises, altère frauduleusement, *dans le but d'être admis plus facilement au bénéfice de cession*, le prix attribué, d'après facture, à partie de ses marchandises, commet un faux en écriture de commerce; et que même un simple état de situation de marchandises peut être considéré comme un inventaire, dans le sens des articles 9, 10 et 11 du Code de Commerce, lesquels n'assujettissent pas à une forme particulière l'inventaire prescrit aux commerçants (1).

Ainsi, d'après cet arrêt, le fait, par un commerçant, de majorer dans l'inventaire et même dans un état de situation, le prix attribué à des marchandises, dans le but de tromper ses créanciers sur la valeur de son fonds, constitue un véritable faux au sens de l'article 147 du Code pénal.

Cet arrêt n'est pas le seul qui ait été rendu en la matière.

En effet, dans un nouvel arrêt du 26 juin 1857, la Cour de Cassation a jugé que le fait d'altérer frauduleusement les totaux et la balance de l'inventaire prescrit aux commerçants par l'article 9 du Code de Commerce, même en laissant intacts les éléments divers que ces totaux et cette balance devraient résumer, constitue le crime de faux en écriture de commerce (2).

Il s'agissait, dans l'espèce, d'un négociant failli qui

(1) Cass., 25 août 1853. (D. P., 53-1-277.)

(2) Cass., 26 juin 1857. (D. P., 57-1-375.)

avait, avant sa faillite et *pour obtenir une augmentation de crédit*, altéré ou fait altérer frauduleusement les totaux et la balance de son inventaire, en exagérant par de fausses additions faites volontairement, les résultats actifs et par suite la balance dudit inventaire, et en altérant frauduleusement ainsi les déclarations et faits que cette balance et ces résultats avaient pour objet de recevoir et de constater. Le négociant avait ici exagéré le produit de son fonds *pour obtenir une augmentation de crédit*, de même qu'un vendeur majorera son chiffre d'affaires pour tromper son acquéreur et l'amener ainsi à lui verser un prix plus élevé.

Ainsi, il semblerait résulter de cette jurisprudence que le vendeur qui, pour tromper son acquéreur sur la valeur de son fonds, falsifie ou altère ses écritures commerciales, commet bien le crime de faux.

Cette jurisprudence ne pouvait être suivie. L'article 147 du Code pénal ne souffre, en effet, aucune interprétation. Il précise suffisamment les cas dans lesquels un commerçant se rend coupable du crime de faux en écriture de commerce. M. Blanche reproduit dans son livre III, au n° 128, les termes mêmes de cet article. « Il faut, écrit-il, « pour qu'une altération de la vérité puisse engendrer « l'élément physique du crime de faux, qu'elle consiste, « soit dans la contrefaçon d'écriture ou signatures, soit « dans la fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou dans leur insertion, après coup, « dans les actes, soit dans l'addition ou altération de « clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient

« pour objet de constater. Les altérations de la vérité, qui
« se produisent autrement, pourront bien constituer, dans
« certains cas, les manœuvres frauduleuses de l'esero-
« querie, mais elles ne pourront pas entrer dans la com-
« position du faux en écriture (1). »

Aujourd'hui la jurisprudence est d'accord avec la doctrine pour reconnaître que seules les altérations de la vérité, exécutées selon l'un des modes déterminés par l'article 147 du Code pénal, sont de nature à devenir l'élément matériel du faux en écriture de commerce. Il faut, en un mot, que de ces altérations puisse découler le principe d'un droit au profit du faussaire.

Le vendeur d'un fonds de commerce, qui falsifie sa comptabilité pour tromper son acquéreur sur la valeur de ce fonds, ne commet pas un faux au sens de l'article 147 du Code pénal. Il altère bien la vérité dans l'intention de nuire à autrui, mais on ne trouve pas dans cette altération *le principe d'un droit* ; elle ne crée, à son profit, ni une obligation, ni une décharge, ni une convention, ni une disposition, et ne peut être considérée que comme une manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'esroquerie.

Ainsi, pas plus l'altération de la vérité que l'intention de nuire ne sauraient constituer le crime de faux en écriture de commerce, si cette altération n'engendre aucun principe d'action. L'intention de l'agent ne modifie en rien la nature intrinsèque des faits qu'il exécute.

Qu'importe la volonté criminelle, si le fait est dépourvu

(1) BLANCHE. *Etudes pratiques sur le Code pénal*, vol. III, n° 128.

des conditions physiques, sans lesquelles il ne peut être l'élément d'un crime ? L'intention de nuire, le mauvais dessein existera, mais le corps du délit manquera à l'incrimination. L'agent aura eu l'intention de nuire, mais il ne l'aura pas revêtue des caractères physiques qui autorisent à la répression.

CHAPITRE VII

CONCLUSION

L'intervention de tiers, la falsification ou l'altération des livres de commerce et la publicité frauduleuse, telles sont les manœuvres ordinairement employées, par les vendeurs de fonds de commerce, pour surprendre la bonne foi de l'acquéreur et le déterminer à traiter.

Je disais, au début de ma thèse, que le recours devant les tribunaux consulaires ne donnait aux acquéreurs trompés qu'une satisfaction bien platonique, puisque, le plus souvent, ils se trouvaient en présence d'adversaires insolvable. Je laissais supposer qu'en employant la voie correctionnelle, ils pourraient obtenir facilement la réparation du préjudice qu'ils auraient éprouvé. Telle n'est pas ma pensée. Il arrivera, en effet, que l'intimidation et la menace d'une peine corporelle n'auront aucune prise sur le vendeur malhonnête. Il préférera subir une peine d'emprisonnement plutôt que de restituer tout ou partie de l'argent qu'il aura extorqué et qu'il aura mis en lieu sûr. Ce sera un de ces hommes tarés qui n'ont plus rien à sauvegarder, ayant, depuis longtemps, fait fi de leur dignité et de leur honneur.

Mais ceux-là forment la minorité. La plupart n'attendront pas qu'une condamnation intervienne contre eux et s'exécuteront devant la simple menace. La crainte du déshonneur et surtout de la prison l'emportera sur l'amour de l'argent. Je dis donc qu'en employant la voie correctionnelle, on préservera, d'une façon plus efficace, les intérêts particuliers, en même temps qu'on rendra service à la société. Les acquéreurs trompés verront, quelquefois au moins, revenir dans leur coffre l'argent qu'on leur avait si habilement extorqué.

Je dis « quelquefois », alors que je voudrais dire : « toujours ! »

Ne pourrait-on remédier, d'une façon complète, à un état de choses aussi regrettable ? A mon avis, un moyen bien simple s'offrirait, aux acquéreurs de fonds de commerce, de sauvegarder leurs intérêts. Il consisterait, de leur part, à exiger du vendeur une garantie sérieuse, ou bien à stipuler que la vente ne deviendrait définitive et que le prix ne lui serait versé que quelque temps après l'entrée en jouissance. Ils déjoueraient ainsi toutes manœuvres de la part du vendeur. Le prix, qui resterait en dépôt dans une banque ou entre les mains d'un officier ministériel, serait productif d'intérêts à compter de la prise de possession du fonds. A l'expiration du délai fixé par les parties, ou bien la vente aura été loyale et régulière et le prix ainsi que les intérêts seraient versés au vendeur, ou l'acquéreur aura été trompé, et alors il pourra poursuivre son vendeur avec la certitude d'obtenir satisfaction. Il arrivera même, le plus souvent, que celui-ci, ne pouvant

pas s'approprier le prix du fonds, qui ne se trouve pas en sa possession, reculera devant un procès et transigera avec son acquéreur.

On dira peut-être qu'un vendeur se refusera presque toujours à accorder à l'acquéreur les garanties qu'il exige de lui, et à donner, pour ainsi dire, son fonds à l'essai.

Il est certain que ce procédé présentera, au début, quelques difficultés et qu'il ne sera pas admis sans protestations de la part des vendeurs. Mais une fois qu'il sera passé dans les usages, lorsque les acquéreurs seront tous d'accord pour imposer leurs conditions aux vendeurs, ceux-ci seront bien obligés de se soumettre s'ils veulent céder leur fonds.

C'est donc à l'acquéreur de se montrer prévoyant et de s'entourer de toutes les garanties nécessaires. Mais il est aussi du devoir des tribunaux de se montrer sévères chaque fois qu'un vendeur malhonnête est déféré à leur justice. C'est en mettant l'acquéreur en garde contre les agissements du vendeur, et en frappant impitoyablement l'escroc que l'on parviendra, sinon à faire disparaître, mais tout au moins à atténuer un mal qui tend à s'aggraver de jour en jour.

Vu et approuvé :

Le Président de la Thèse,

A. LE POITTEVIN.

Vu :

L. DOYEN,

F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	1
CHAPITRE PREMIER :	
Garantie de l'article 1641 du Code civil. — Vices rédhibitoires.	5
CHAPITRE II :	
Du dol dans le contrat de vente.	13
CHAPITRE III :	
Dol principal et dol incident.	19
CHAPITRE IV :	
Dol civil et dol criminel.	31
CHAPITRE V :	
Des manœuvres frauduleuses employées dans les ventes de fonds de commerce.	42
<i>Titre I.</i> — Intervention d'un tiers.	43
<i>Titre II.</i> — Publicité frauduleuse.	55
<i>Titre III.</i> — Falsification et altération des livres de commerce	81
CHAPITRE VI :	
Faux en écriture de commerce	87
CHAPITRE VII :	
Conclusion	92
